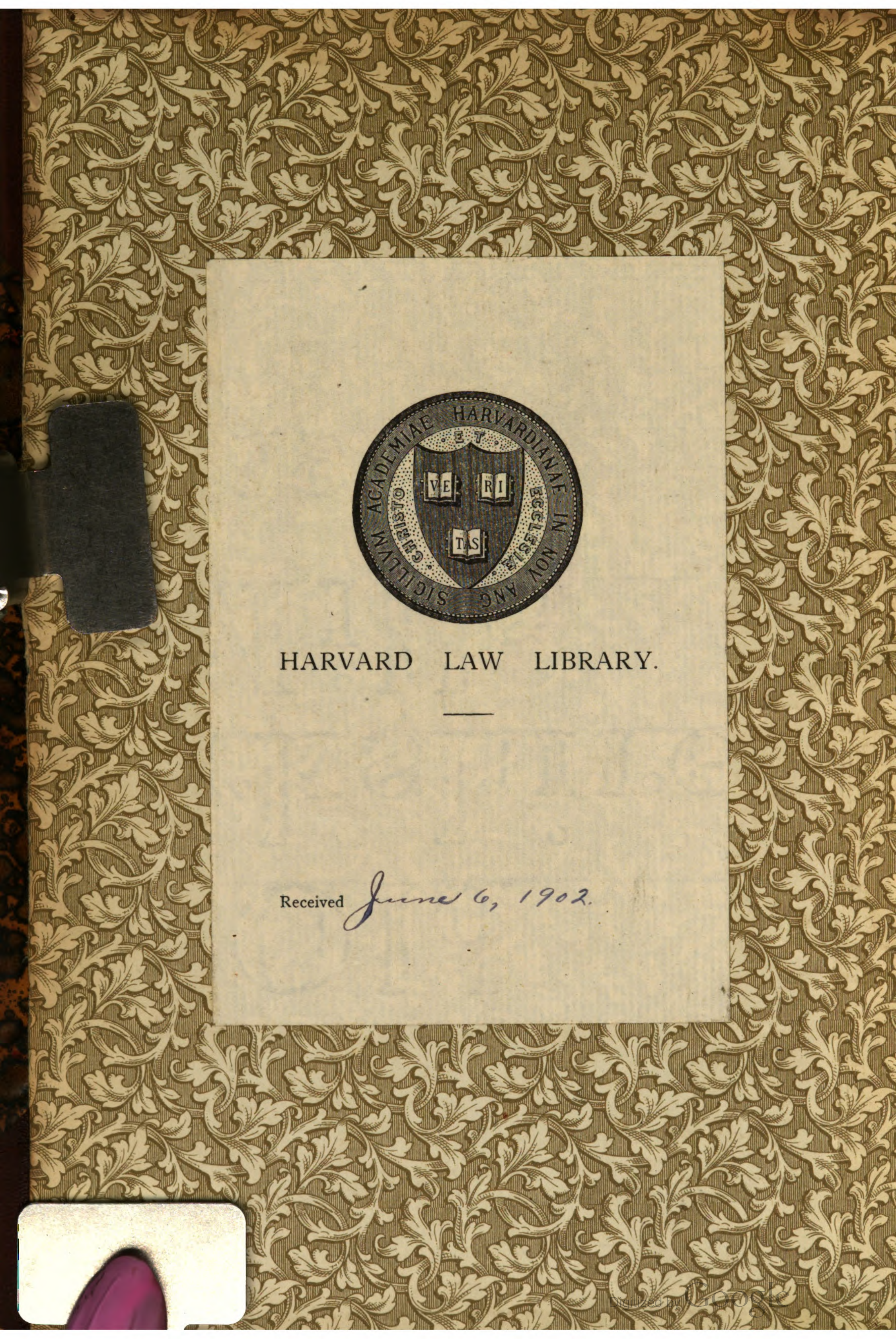

3 2044 103 207 122



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Germany

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau

---

4. HEFT

Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust
nach römischem und neuerem deutschen Recht

von

Dr. Max Gaertner

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Der gerichtliche Schutz

gegen

Besitzverlust

nach

römischem und neuerem deutschen Recht

von

Dr. Max Gaertner

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Geheimen Justizrat

Dr. Rudolf Leonhard

Professor zu Breslau

in dankbarer Ergebenheit

zugeeignet



Inhaltsübersicht.

Dogmatischer Teil.

Einleitung.

Das B.G.B. ist bei der Regelung des Besitzesschutzes mehr als blosse Codifikation und Unification, namentlich in zwei Punkten Schutz des willenlosen Besitzes (richtiger: willenlos erworbenen Besitzes) und Schutz gegen alle Fälle der verbotenen Eigenmacht.

Andrerseits sondert es die Verheissung von Schadensersatzansprüchen aus verletztem Besitze sehr scharf vom Anspruche auf Wiedererlangung.

Der Umfang dieser Neuerungen ist zweifelhaft und streitig.

Es fragt sich, wie weit die Vorgeschichte des Besitzesschutzes zu verwerten ist, um diese Zweifel zu lösen. Sie ganz bei Seite zu lassen, geht nicht an, weil es unmöglich ist, dass die Verfasser des Gesetzbuches nicht mindestens unbewusst von ihr beeinflusst waren. Dies zeigt sich besonders darin, dass sie an der römischen Scheidung der Begriffe „Störung" und „Entziehung" streng fest gehalten haben.

Als eine Fortsetzung des früheren Rechts kann hier das B.G.B. nicht gelten, weder als eine Fortsetzung des römischen Rechts oder einer der widerstreitenden Strömungen innerhalb der Pandektenlehre noch als Fortsetzung des altgermanischen Rechts oder einer der Partikularrechte.

Die Verfasser haben, (namentlich in der zweiten Lesung) sich nicht eklektisch einem der Systeme angeschlossen, sondern sie

stehen über den Systemen des bisher geltenden Besitzesschutzes, durch Beachtung des Inhalts dieser Systeme einesteils von diesen Systemen beeinflusst, teils aber eigenartiges Recht darstellend.

Um nun festzustellen, wieweit das Gesetzbuch alte Gedanken umformt und inwieweit es Neues schafft, muss man zunächst gegenüber den Streitfragen des alten Rechts Stellung nehmen. Man muss feststellen, zu welchen der verschiedenen Ansichten über Besitzschutz man sich selbst bekennt, um dann auf fester Grundlage ermitteln zu können, worauf die eigentlichen Neubildungen des Gesetzbuches beruhen.

Dieser Aufgabe dient der geschichtliche Teil.

Geschichtlicher Teil.

Erster Abschnitt.

Die Berechtigung zur Klage wegen Besitzverlustes.

Cap. I. Allgemeines über die Besitzentziehungsklagen.

Die vorliegende Arbeit macht es sich zur Aufgabe, den Besitzanspruch auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes darzustellen. Diesem Thema unterliegen eine Reihe von Rechtsmitteln auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes, die verschiedenen Rechten ihre Entstehung und Ausbildung verdanken.

Das römische Recht hat, wie im dogmatischen Teil näher zu erweisen ist, als einziges rekuperatorisches Rechtsmittel das Interdictum Unde Vi, das kanonische Recht die Spolienklage hervorgebracht. Im gemeinen Recht stehen diese Rechtsmittel neben einander, oder besser gesagt: sie bilden eine Klage, die sich auf das römische Recht gründet, aber durch das kanonische Recht Erweiterungen erfahren hat. Der Grund hierfür liegt darin, dass im deutschen Prozesse die ältere Verschiedenheit der Rechtsmittel nicht mehr in Betracht kommt.

Im B.G.B., dessen rekuperatorischer Besitzesschutz im zweiten Teile der dogmatischen Abhandlung besprochen wird, ist das gemeinrechtliche Rechtsmittel durch die Klage des § 861 B.G.B. ersetzt, daneben aber findet sich hier noch für einen Spezialfall eine im § 867 B.G.B. normierte Klage.

Zeitlich voran steht die Entwicklung des dem römischen Recht angehörigen Interdictum Unde Vi.

Seine Vorgeschichte zeigt uns das Bestehen dieses Interdikts in zwei Formen. Es findet sich schon im sechsten Jahrhundert der Stadt ein Interdictum de vi armata[1]), das sich gegen Dejection

---

[1]) vgl. Ubbelohde, Gluecks Kommentar Bd. 43/44 IX. Teil V. S. 630. ff.

aus dem Besitz mittelst Waffengewalt wendet, und ein Interdictum de vi non armata, welches jede vis atrox sine armis verfolgt. Der Unterschied der beiden Interdikte besteht vor allem darin, dass ersteres keine exceptio vitiosae possessionis zulässt, während sie bei dem letzteren stattfindet.[1]) Einen geschichtlichen Anhalt für die Entstehung dieser Interdikte giebt es nicht, insbesondere lässt sich nicht erweisen, ob sie älter sind als die Interdicta retinendae possessionis[2]). Im sechsten Jahrhundert der Stadt scheinen sie noch nicht lange bestanden zu haben, da ein Lustspieldichter jener Zeit sie als Gegenstand seiner Anspielungen benutzt[3]).

Als Quellen kommen für unsere Interdikte bekanntlich die Reden Ciceros pro Caecina und pro Tullio in Betracht. Beide Interdikte kamen später in das Edict des Salvius Julianus[4]) und erhielten weitere Ausbildung durch die Juristen, ohne in ihrem Wesen verändert zu werden[5]). In der nachklassischen Zeit trat an die Stelle des Interdikts Unde Vi die actio utilis ex causa interdicti Unde Vi[6]) ohne materielle Umgestaltung[7]), sie blieb auch unverändert unter dem Namen momentaria actio oder momentariae possessionis interdictum[8])

Justinian vereinigte die beiden Rechtsmittel, das Interdictum de vi armata und das Interdictum de vi non armata zu einem Rechtsmittel, dem er die den beiden früheren Rechtsmitteln gemeinsamen

---

[1]) Jörs, Birkmeyers Encyclopädie S. 106.

[2]) Vgl. über die Frage, ob das Interdikt Unde Vi älter als das Uti Possidetis sei, Klein, Sachbesitz u. Ersitzung S. 105 n. 33 u. die dort Citierten.

[3]) bzgl. des Alters des Unde Vi s. auch Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II. 323. Pfersche, die Interdikte S. 74 n. 4. Witte, Interdictum Uti Possidetis S. 44, Kuntze, Excurse S. 490. Bekker, Recht des Besitzes S. 99. Ubbelohde, Glücks Comm. 43/44 S. 630. ff. Dernburg, Pand. I § 188 n. 3.

[4]) vgl. darüber Lenel, Edictum perpetuum S. 374 ff.

[5]) vgl. Lenel S. 374 ff. — Pfersche a. a. O. S. 24. — Hartmann-Ubbelohde, Ordo jud. S. 539 n. 72. Ubbelohde a. a. O. S. 661 ff.

[6]) Inst. IV. 15 § 8 a C. sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset Pflüger, Besitzklagen S. 327 ff. Pfersche a. a. O. S. 24, vgl. auch Bethmann-Hollweg III. S. 396; Kindel, die Grundlagen des römischen Besitzrechts. S. 184.

[7]) Savigny, Recht des Besitzes S. 422 ff. Bruns, Besitzklagen S. 86 ff.

[8]) Bruns a. a. O. S. 86 bis 166. Ubbelohde S. 662. Cod. IV. 6, c. 1. 3. Cod. VIII. 4, 8. VIII. 5. 1.

Grundzüge unterlegte[1]). Die Ursache der Vereinigung beider Interdikte ist darin zu finden, dass das öffentliche Strafrecht mehr und mehr Normen ausbildete, welche die Bestrafung der Gewalt betrafen und dadurch die besondere Art der Bestrafung mittels der Pönalstipulationen des Interdiktenverfahrens überflüssig werden musste[2]). Ausserdem aber steht diese Vereinigung der Interdikte durch Justinian wohl damit im Zusammenhange, dass die Erstarkung der Amtsgewalt die Eigenmacht strafbarer erscheinen liess als früher (vgl. c. 7 Cod. VIII 4 U. V. furoris audaciam)“ und daher eine mildere Beurteilung der vis quotidiana gegenüber der vis armata nicht am Platze schien. Das Byzantinische Recht nach Justinian zeigt den Charakter des Verfalles auch auf dem Gebiete des Interdikts Unde Vi. Es unterschied ein pönales und nicht pönales Interdikt Unde Vi und warf das Interdikt Unde Vi mit der actio metus und der actio vi bonorum raptorum zusammen.[3]).

Die germanischen Gesetze des Occidents entstellten das Interdikt Unde Vi, sofern sie dasselbe aufnahmen[4]), ebenfalls[5]).

Das Interdictum Unde Vi oder die actio subrogata in locum interdicti Unde Vi der Glossatoren stellte das Interdiktum Unde Vi in voller Reinheit wieder her[6]). Nur in einzelnen Beziehungen machte sich das Bedürfnis der Zeit bezüglich dieser Klage geltend. Sie wurde auch auf Rechte ausgedehnt, nur einzelne wenige, unter ihnen Azo, hielten streng hierin an den Grundsätzen des römischen Rechts fest und führten einen Verzweiflungskampf gegen die neue Richtung[7]). Aber auch Azo erkannte den Rechtsbesitz bei Zehnten und Patronatsrechten an[8]). Eine Neuerung bedeutete das Aufkommen von Präsumtionen auf dem Gebiet der Besitzklage. Die für das Interdictum Unde Vi in Betracht kommende dritte Placentinische Präsumtion[9]) wurde wie die übrigen Präsumtionen

[1]) Über die Grundzüge des Int. de vi armata u. de vi de non armata wird im dogmatischen Teil gesprochen.

[2]) Ubbelohde a. a. O. S. 163.

[3]) Bruns a. a. O. S. 93 ff.

[4]) Bruns, Recht des Besitzes S. 93 ff.

[5]) Bruns a. a. O. S. 97.

[6]) Bruns a. a. O. S. 98.

[7]) Bruns a. a. O. S. 103 ff.

[8]) Landsberg, die Quaestiones des Azo Freiburg 1888, anders Bruns. a. a. O. S. 119.

[9]) Landsberg a. a. O., S. 78, 79. Ruffini, l'actio spolii Torino 1889. S. 264.

zu dem Zwecke aufgestellt[1]), der objektiven Beweistheorie des Mittelalters Erleichterung zu bieten[2]). Doch fand sich die Praxis nur teilweise bereit, diese Präsumtion, welche dem Kläger nur den Beweis des älteren Besitzes zumutete, aufzunehmen[3]). Andere Richtungen in der Praxis lehnten es ab, die Fortdauer des älteren Besitzes zu präsumieren, und hielten durchaus an den Grundsätzen des römischen Rechts fest[4]), auch verwarfen sie die sich teilweise in der Praxis bemerkbar machende Verwischung von Turbation und Dejection, die mit der Präsumtion im Zusammenhang stand.

Gleichzeitig fand in einem Teile der Praxis die Cumulation von Petitorium und Possessorium im beschränkten Masse Eingang[5]), man liess sie besonders bei Rechtsbegriffen, die aus dem öffentlichen Rechte stammten[6]), zu. Man kolorierte den Besitz, man machte ihn durch Nachweis des Titels wahrscheinlich, um mehrere Urteile im Possessorium wie Petitorium zu vermeiden[7]), auch gab man der exceptio dominii in gewissem Umfange Raum[8]).

Während das Interdiktum Unde Vi so fortlebte, entwickelte sich in der Praxis des kanonischen Rechts um die Mitte des 12. Jahrhunderts ein Rechtsmittel, das dem Interdiktum Unde Vi später als ebenbürtig zur Seite treten sollte[9]). Den Ausgangspunkt des neuen Rechtsmittels bildet das Canon Redintegranda der Pseudo Isidorischen Decretalen[10]). Dieses bestimmt, spoliierte Bischöfe

---

[1]) Sie lautet bei Roffred: Reprobatur quorundam advocatorum opinio, in qua fuit etiam Placentinus, quod si aliquando probo, me possedisse rem, quae ad te pervenit, praesumitur me possidere et a te violentiam mihi illatam, nisi probes, qualiter possideas sine vitio, per arg. l. 16 C. de probation.

[2]) Maassen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker u. Muther Bd. III, S. 232.

[3]) Ruffini, a. a. O., S. 269.

[4]) Ficker, Urkunden zur Reichs- u. Rechtsgechichte Italiens n. 192, p. 233. Ruffini a. a. O., p. 270 ff. Pars. IV cap. 1 § 3, anders Delbrück a. a. O., p. 114 anders Bruns, Jahrb. des gem. d. Rechts IV, p. 58.

[5]) Bruns, Jahrb. d. gem. d. Rechts, S. 64 ff. Ruffini, S. 267 ff. Meischeider, Besitz u. Besitzesschutz, S. 169.

[6]) Ruffini a. a. O. S. 267 ff.

[7]) Bruns, Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV. S. 70 ff.

[8]) Bruns ebenda S. 70 ff. Ruffini a. a. O. S. 268 ff.

[9]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 144 ff. Ruffini, S. 141 ff.

[10]) c. 3. C. qu. 1.

dürften sich, wenn sie mit einer Criminalanklage belangt würden, auf diese nicht einlassen, bevor ihnen durch die Kirchengewalt nicht ihre geraubten oder sonst entzogenen Sachen wiedererstattet worden wären. Das von Seiten Pseudo Isidors durch Verfälschung früherer Kirchengesetze[1]) zustande gekommene Rechtsmittel ist eine exceptio eigener Art, da mit ihr zugleich ein Klagerecht verbunden ist, dessen Natur sonderbar ist. Das Klagerecht ist bedingt durch die Erhebung der Einrede, letztere durch die Erhebung der Criminalklage[2]). Seiner Struktur nach ist das Canon eine politische Massregel zum Schutz vertriebener Bischöfe, die angeklagt würden, und nicht ein allgemeines Rechtsmittel[3]). Die exceptio spolii findet sich bei Levita, Herard von Tours, bei Angilramnus[4]) und wird schon im IX. Jahrhundert vielfach praktisch angewendet[5]). Wichtig wird die Bestimmung Pseudo Isidors durch Aufnahme in das Decretum Gratiani[6]). Gratian stellt 2 Quästionen hier auf, er selbst denkt aber nicht an eine Trennung von Klage und Einrede[7]). Die älteren Canonisten nach Gratian, Stephan von Tournai, Johannes Faventinus, Rolandus Bandinelli und ein unbekannter Autor in seinem zwischen 1154 und 1179 liegenden Quästionen[8]) fassen die Gratianischen Stellen ebenso nicht im Sinne einer Trennung

---

[1]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 137. zgl. auch Goecke, De except. spolii § 1 Berlin 1858. Ruffini a. a. O., S. 143 ff. — 162 Pars IV cap. I § 2—3.

[2]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 144 ff.

[3]) Bruns a. a. O., S. 144. Ruffini Pars. IV, Cap. II § 1, S. 288 ff.

[4]) Bened II 381 III 116, 153. Adit. IV 3—5, 17, Her. c. 71.

[5]) Bruns a. a. O., S. 159 ff. § 20. Ruffini a. a. O. Pars. IV cap. II § 1, S. 162 ff. Wasserschleben, Beitr. zur Gesch. d. falsch. Decret., S. 70. Vgl. über Entstehung der pseud. Isid. Fälschungen u. die Beziehung der Sammlungen zu einander: Simson, die Entstehung der Pseudo-Isidorischen Fälschungen in Le Mans. Leipzig 1886. S. 107 ff. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts. — Göttingen 1831. Bd. I, S. 157. (Er vermutet als Quelle die Capitula Angilrami). insbes. über die Capitularien von Benedictus Levita u. die Capitularien von Angilramnus: Ruffini a. a. O., S. 162 ff. Vgl. Bruns, a. a. O. 163 § 21, Ruffini a. a. O., S. 211 ff.

[6]) Bruns a. a. O., S. 163. Ruffini a. a. O., S. 242 ff.

[7]) Bruns a. a. O., S. 163. Ruffini a. a. O., S. 242 ff.

[8]) Ruffini a. a. O., S. 291 Pars. IV cap. 2 § 2. Thaner, die Summa Magistri Rolandi 1874, S. 16, 18. p. LII Thaner a. a. O., Anhang, Incerti auctoris quaestiones, thema I.

von Klage und Einrede auf, diese Auffassung schimmert erst bei Huguccio durch[1]), die ersten Canonisten weichen jedoch insoweit von Gratian und Pseudo Isidor ab, als sie die Ausdehnung auf alle ekklesiastischen Personen als natürliche juristische Consequenz betrachten, besonders aber das neue Rechtsmittel nicht als ein einheitliches Institut, sondern als einen Complex von verschiedenen Instituten betrachten, ohne hierin bei Gratian eine substantielle Änderung anzunehmen[2]).

Schon bei Faventin[3]) ist die Ausdehnung auf alle ekklesiastischen Personen vorhanden, bei Gratian lediglich die Beschränkung auf Bischöfe. Die Entwicklung fällt daher in die zweite Hälfte des zwölften Jahrhunderts, mithin in den Rahmen der Schule von Bologna[4]), der die älteren Decretisten angehörten[5]). Dem gleichzeitigen Einfluss des römischen Rechts ist daher die Ausgestaltung des neuen Rechtsmittels, nicht aber einem Missverständnis der Gratianischen Einteilung zu verdanken[6]). Im Geiste der für den Humanismus begeisterten Zeit lag es begründet, dass die als allein mustergültig anerkannten Grundsätze des römischen Rechts auch auf die Beurteilung rein kanonischrechtlicher Institute angewandt wurden. Der romanisierenden Richtung erschien die exceptio spolii Pseudo Isidors und Gratians als ein Institut, in dem nach römischen Begriffen unvereinbare Grundsätze durcheinander geworfen waren. Ein Rechtsmittel mit Einredecharakter und darin enthaltenem Klagerecht kannte das römische Recht nicht, wohl aber fanden sich in demselben als Besitzschutzmittel die Interdikte vor, das Bedürfnis der Zeit aber verlangte einen weiter gehenden Besitzesschutz. Darum gestaltete man in der Praxis wie in der Theorie die exceptio spolii unter dem Einfluss der Grundbegriffe des römischen Rechts und mit besonderen Blicke auf die Interdikte um. Die De-

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 291. Maassen, Jahrbuch des gem. Rechts 3, S. 227. 1859.

[2]) Ruffini, a. a. O., Pars. IV, Cap. 2 S. 291 ff.

[3]) Johan. Favent. in c. 2. C. III. q 1: Nota, quia, quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter intellegitur de omnibus ecclesiasticis personis.

[4]) Landsberg, Quaestiones des Azo XI 182. — Ruffini a. a. O., S. 293.

[5]) Schulte, Geschichte der Quellen des kan. Rechts vol. I, S. 103.

[6]) ebenso Ruffini a. a. O., S. 292 ff.

cretisten widersetzten sich dieser grossen Umgestaltung zunächst[1]), die Späteren konnten sich ihr nicht entziehen. Diese schrittweise Änderung näherte die exceptio spolii den römischen Rechtsmitteln auf Wiedererlangung verlorenen Besitzes an, die Decretisten entnahmen aus ihnen Grundsätze wie Terminologie, der auf die Allgemeinheit berechnete Charakter der Interdikte brachte es zu Wege, dass man den Sondercharakter der exceptio spolii, ihre Beschränkung auf Bischöfe, den Begriff der canonica institutio daraus entfernte, und das Rechtsmittel aus einer politischen Massregel in ein Institut des allgemeinen bürgerlichen Rechts verwandelte[2]). Die Trennung der Klage von der Einrede war der dem römischen Geiste gemässe nächste Schritt, die Anomalie einer doppelten Funktion des Richters, welche darin bestand, dass die Geltendmachung der Einrede auch ein Klagerecht begründete, musste fallen[3]). Damit im Zusammenhang stand die Umgestaltung der Competenzen der Gerichtshöfe, die Incompetenz der Provinzialsynoden zur Entscheidung hinsichtlich der exceptio spolii hätte eine solche Umwälzung allein nicht hervorgebracht[4]), da auch in andern Ländern die Synoden die Competenz verloren[5]), über angeklagte Bischöfe zu urteilen, ohne dass daraus ähnliche Wirkungen wie in Italien entsprangen. Es ist natürlich, dass das zu einem possessorischen Schutze noch nicht gelangte kanonische Recht sich nach den römischen Rechtsmitteln umsah.

Die von der Einrede getrennte Restitution wurde nach den Werken der Decretisten dadurch bewirkt, dass man dem officium judicis einen Komplex von unabhängigen römischen Klagen substituierte[6]). Zunächst wurden nur die Interdikte verstattet[7]), später seit Huguccio auch die Actio metus und doli[8]). Unzuträglichkeiten bezüglich dieser Rechtsmittel brachten es dahin, dass sie in eine einzige kanonische Klage verschmolzen wurden[9]). Diese,

[1]) Ruffini a. a. O., S. 292 ff.
[2]) Ruffini a. a. O., S. 291 ff.
[3]) Ruffini a. a. O., S. 292 ff. a. A. Maassen a. a. O., S. 232.
[4]) Ruffini a. a. O., Pars. IV cap. 2 § 2, 295.
[5]) Maassen a. a. O., S. 231.
[6]) Maassen a. a. O., S. 231 A. 8.
[7]) Idem a. a. O., S. 235.
[8]) Maassen a. a. O., S. 235.
[9]) Maassen a. a. O., S. 239 u. A. 27.

die Condictio ex canone begegnet schon zum ersten Mal in der Summa des Siccardus[1]), welche in die Zeit zwischen 1179 und 1182 fällt[2]). Die volle Sanktion erhielt die aus dem Geiste des römischen Rechts erwachsene Strömung durch die Glosse des Teutonicus, welche vor 1215, wahrscheinlich ins Jahr 1212 fiel[3]). Die Glosse vollzog die Trennung der Einrede und der Klage mit vollem Bewusstsein, von da ab bildete die Einrede nur noch eine dilatorische, auch bei Civilklagen statthafte[4]). Die Restitution wurde durch vier auxilia gegeben: „actio, interdictum, condictio ex canone, judicis officium[5]).“ Darunter wurde die actio doli und quod metus causa, das Interdiktum Unde Vi, die Klage aus dem Canon Redintegranda und die in integrum restitutio verstanden[6]). Die condictio ex canone aber umfasste die Klagefundamente der andern Klagen mit, machte diese also entbehrlich[7]). Das Festhalten am römischen Recht, dem man die Restitutionsklage eigentlich verdankte, indem man aus ihm und durch Vergleich mit ihm erst die oben geschilderten Wandlungen zu vollziehen befähigt war, bewirkte es, dass man die römischen Rechtsmittel noch lange in Konkurrenz mit der sie alle umfassenden condictio ex canone zuliess[8]). Die spätere romanisierende Gesetzgebung erwies sich der condictio ex canone feindlich, die Decretalen Gregors IX., die als jus posterius dem früheren Rechte derogieren, erkannten sie niemals an[9]). Insbesondere trat Innocenz III. im C. 15 für das römische Recht ein[10]), im c. 18 X de rest. spol 2, 13 beschränkte er gegenüber der condictio ex canone die Haftung des dritten Besitzers in einer diese ablehnenden Weise[11]).

---

1) Maassen a. a. O., S. 242, 243.

2) Schulte, Geschichte der Quellen und Litteratur des kanonischen Rechts vol. I § 31, S. 143 (Siccard starb 1215) Ruffini a. a. O., S. 337 u. S. 329.

3) Maassen a. a. O., S. 244, Schulte a. a. O., S. 193 § 44 u. S. 205 § 48, Ruffini a. a. O. S. 337.

4) Bruns a. a. O., S. 168, 174.

5) Bruns a. a. O., S. 169, Ruffini a. a. O. 326 ff.

6) Bruns a. a. O., S. 169, Ruffini a. a. O. 330.

7) Bruns a. a. O., S. 170, Ruffini a. a. O. 331.

8) Ruffini a. a. O., S. 331.

9) Bruns a. a. O., S. 176 ff. Ruffini a. a. O., S. 334 ff.

10) Bruns a. a. O., S. 178. Ruffini a. a. O. 335 ff. Pars. IV, cap. 5 § 2.

11) Bruns a. a. O., S. 179. Ruffini a. a. O. 338 ff.

Durch die Stellung der Gesetzgebung liessen sich die Canonisten und die Praxis nicht von der weiteren Beibehaltung und Ausgestaltung der condictio abbringen [1]). Die berühmtesten Canonisten, unter ihnen Hostiensis. († 1271) in seiner Summa super Decretalibus [2]) und im Kommentar zu den Decretalen [3]) sowie Durantis im speculum judiciale [4]) erklärten sich für die condictio [5]), ihnen folgte die Mehrzahl der Legisten [6]) sowie die Praxis vieler italienischer Gerichtshöfe, insbesondere auch der Rota [7]). Doch fehlte es nicht an Einsprüchen gegen diese Lehre [8]), schon im XIII. und XIV. Jahrhundert traten Innocenz IV. [9]) und Bellamera [10]) dagegen auf. Hinsichtlich der Gestaltung der Klage konnten auch ihre Anhänger nie einig werden [11]).

(Die Frage der Ausdehnung des Klagegrundes, insbesondere auch der Annahme einer Präsumtion des älteren Besitzes blieb immer streitig, ebenso wie der Kampf darüber, wieweit die Passivlegitimation auszudehnen sei, schon in Rücksicht auf das c. 18 nie zur Ruhe kam. Die Frage, ob die Klage auf den Detentor auszudehnen, ferner ob sie das Petitorium in gewissem Umfang zulasse, blieb ebenso unentschieden).

In der 1. Hälfte des XVI. Jahrhunderts [12]) erscheint in der Praxis der Rota [13]) zuerst der Name actio spolii, und zwar anfangs alternativ mit dem Namen Condictio ex canone gebraucht [14]), später verlor sich der Name actio spolii wieder.

---

1) Bruns a. a. O., S. 220. Ruffini a. a. O., 340 ff.

2) Henr. de Seg, Summa, de rest. spol. 1579, S. 109.

3) Idem, Comm. fol. 59 n. 6.

4) Durantis, Spec. jud. de restitut. spoliat. n. 11—19,

5) Bruns a. a. O., S. 222 ff. Ruffini a. a. O., S. 341.

6) Bruns a. a. O., 225.

7) Dec. Rot. Coll. per Th Fastoli num. 1 de a., S. 1336. coll. per Cassador de rest spol. n. 7. coll. Peutinger 88 n. 6.

8) Bruns a. a. O., S. 223 ff. Ruffini a. a. O., S. 341 ff.

9) Innocenz im Comm. z. d. V Büchern d. Decret. de rest spol. c. 15, c. 18

10) Bellamera gestorb. 1392 s. Schulte, a. a. O. vol. II, S. 274. Bellamera, Praelect. in Dec. lib. c. XVIII n. 6.

11) Bruns, S. 227 ff.

12) Schon 1544 sagt Puteo: „Actio spolii, puta remedium can. reint.“ Put. Decis. lib. II dec. 176 fol. 195.

13) Ruffini, a. a. O., S. 391 ff.

14) Putei Decisiones, lib. II dec. 176 (1544) fol. 195, dec. 278 fol. 224. Venez. 1605; dagegen Dec. novissimardum 915 (1545) p., 370. Lugd. 1603. Farinacei dec. Rot. tom I (1592) Lugd. 1640; Peyna Dec. Rot.

Unter dem alten Namen kam die Klage darauf in die romanischen und germanischen Länder, nach Spanien[1]), Frankreich[2]) und Deutschland[3]), um auch hier neben bereitwilliger Aufnahme heftigen Widerspruch zu finden. In Spanien wandte sich zuerst Sarmiento de Mendoza[4]), ebenso wie Retez[5]) und Tellez[6]) gegen sie. Sarmiento insbesondere gegen die Ausdehnung der Passivlegitimation.

In Deutschland trat durch die Reception im XV. Jahrhundert zu der condictio ex canone Red. das Interdictum Unde Vi[7]), beide bestanden in der Gestalt, die sie bei ihrer von einander unabhängigen Entwicklung zuletzt angenommen hatten, unverändert neben einander fort[8]). Trotz der Reception des Unde Vi drängte aber im XVI. Jahrhundert die condictio ex can. das erstere in den Hintergrund, eine feste Meinung bezüglich der Gestaltung der condictio bestand im einzelnen ebensowenig wie in Italien, während das Interdikt in der rein römischen Gestalt erschien. Gegen die condictio erhoben sich im XVII., XVIII. und XIX. Jahrhundert zahlreiche Angriffe[9]), zunächst trat Giphanius[10]), später Ziegler[11]) gegen sie auf, letzterem, der die Pseudo Isidorischen Decretalen im Urtext vorlegte, stimmte die Theorie zu, die Praxis liess sich wenig überzeugen[12]). Der Verwerfung trat Bötticher mit der Entgegnung gegenüber, die Klage sei durch spätere kanonische Quellen genügend begründet, und durch die Gewohnheit

---

tom. I, dec. 771; (1599) n. 1. dec. 1805 (1607). Bureo dec. Rot. tom. I Dec. 188 (1640) n. 3 u. tom. II dec. 127 n. 4. tom. III dec. 163 ff. Von der Rota geht der Name actio spolii auch auf andere italienische Gerichtshöfe über, dies beweisen: Novarii, Noviss. decis. Regni Neapol dec. 158 n. 4. Editio von 1638. Gratiani Discept. Forens tom. IV. cap. 739 n. 25; tom. V cap. 974. Editio von 1522. Stat. alm. Urb. Rom. cap. 160. Rom 1580.

[1]) Bruns a. a. O., S. 346 ff.

[2]) Bruns, S. 352 ff.

[3]) Bruns, S. 373 ff.

[4]) Sarm. de Mendoz. Tract. de redit eccles I 4.

[5]) Ret., de interdictis III 1 § 25.

[6]) Tel., comment. in c. 18 de rest. spol.

[7]) Bruns a. a. O., S. 374.

[8]) Bruns a. a. O., S. 374.

[9]) Bruns, S. 390.

[10]) Giph. explan. Cod. proleg. ad. lib. 8.

[11]) Ziegler, comm. ad can. Redint. abgedr. in Woltärs Observ. II 35

[12]) Bruns a. a. O., S. 390, 392.

sanktioniert[1]). Er stellte die von der Klage aus dem Kanon Redintegranda handelnden Stellen zusammen und erhielt so ein Klagerecht, das sich nicht auf den einen Kanon, sondern auf das kanonische Recht stützte[2]). Dem Vorbilde der Rota[3]) entsprechend nannte er die Klage actio spolii[4]), wie sie von nun an überall genannt wurde.

Im Anfang des XVIII. Jahrhunderts wandte sich Böhmer[5]), mit Erfolg der Beschränkung der Klage gegen diese[6]), er gestand nur die Bestimmung des c. 18 als Modifikation des Unde Vi zu, gleiche Grundsätze verfocht zu Anfang des XIX. Jahrhunderts Savigny[7]). Beide konnten die Spolienklage nicht ausrotten, nur war insofern der Angriff Böhmers erfolgreich, als diejenige Praxis, die immer unter Opposition dem Rechtsmittel einen seiner Natur nicht entsprechenden Umfang gegeben hatte, endgültig verschwand[8]). (Die Präsumtion der Spoliation und die Passivlegitimation jedes dritten Besitzers an sich wurden aufgegeben. Trotz Böhmer und Savigny hielt man aber daran fest, dass jede widerrechtliche Eigenmacht zur Restitutionsklage genüge, sowie dass sie auf Mobilien und auf den Rechtsbesitz ausgedehnt sei). Nach Savigny trat man noch einmal von einem andern Gesichtspunkt aus der herrschenden Meinung auf dem Gebiete der actio spolii entgegen. Delbrück[9]) und Ziebarth[10]) erklärten die grosse Ausdehnung des

---

[1]) Bötticher, D. juridica de act. spol. § 10.

[2]) Bruns a. a. O., S. 391 ff.

[3]) Vgl., S. 9 d. Arbeit.

[4]) Dernburg, Lehrb. d. Pand. R. vol. I § 189 n. 1 p. 480. Wächter, Pandekten vol. II § 128. Beilage c. II, p. 94 Leipzig 1881, Meischeider, S. 144 ff. 163 u. Windscheid-Kipp, S. 32 § 162 a n. 1. Randa, a. a. O., S. 218 note 43. Bruns, Recht des Besitzes, S. 391, finden bei Bötticher fälschlich den Ursprung des Namens: „actio spolii!"

[5]) Böhmer, jus eccles. protest II 13 § 8. Doctrin. de action. II 4 § 39, 40.

[6]) Bruns, S. 393 ff.

[7]) Savigny, Recht des Besitzes, S. 509 Savigny, S. 511 ff. will mit Rücksicht auf die obskure Natur des Canon Redintegranda nur das c. 18 gelten lassen.

[8]) Bruns a. a. O., S. 393 ff.

[9]) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts und Nachträge zur dingl. Klage des deutsch. R—s. in Iherings Jahrb. f. Dogm. 10, S. 110—176.

[10]) Ziebarth, Realexekution u. Obligation besonders S. 278 ff.

Rechtsmittels, wie sie das Mittelalter zeigte, für die dem Rechtsmittel allein gebührende Gestalt, indem sie annahmen, dass dasselbe als eine petitorische Klage sich darstelle, in der sich die dingliche Klage des deutschen Rechts erhalten habe[1]).

Diese Theorie fand nur teilweise Annahme[2]), sie konnte die bisherige Auffassung nicht stürzen[3]). Das B.G.B. bedeutet den Abschluss der Entwicklung. Seine Klage aus § 861 trägt die Züge der gemeinrechtlichen Restitutionsklage des XIX. Jahrhunderts. Nur bezüglich des Rechtsbesitzes hat das B.G.B. Einschränkungen. Die Klage des § 867 B.G.B. ist ein neues Gebilde. Die genaue historische Entwicklung erschien erforderlich mit Rücksicht auf eine Reihe von Streitfragen, die schon angedeutet sind, und die sich an die Geschichte der Restitutionsklage anknüpfen. Die Streitfragen über ausreichende Begründung der actio spolii[4]), über deren Existenz als einer possessorischen oder petitorischen Klage[5]), endlich über das Verhältnis der Spolienklage zum Interdictum Unde Vi insbesondere in Bezug auf die Annahme einer gemeinrechtlichen Restitutionsklage oder von zwei Restitutionsklagen neben einander[6]) werden neben der Beeinflussung durch rein dogmatische Erwägungen auch mehr oder weniger von der historischen Gestaltung der Klage abhängen.

Das Gesamtergebnis unserer geschichtlichen Entwicklung wird sich in folgende Sätze zusammenfassen lassen:

Die actio spolii ist zwar von dunkler Herkunft[7]), ist aber durch das kanonische Recht, insbesondere durch die Gewohnheit genügend begründet[8]), es ist daher unrichtig, jede kano-

1) Delbrück a. a. O. Ziebarth a. a. O., S. 278. Bluntschli, Kr. Überschau.

2) Weiske, R. Lex. XIII. S. 105 ff. u. dort Cit. Meischeider, S. 127 ff. 144 ff. 154 ff. 166 ff.

3) Gegen Delbrück: Bruns, Jahrb. d. g. R. IV 1 ff. Besitzkl. S. 212 ff, Bluntschli, kr. Übersch. VI 1. Pagenstecher, röm. Lehre v. Eigent. III 207—225. Sintenis I § 46 n. 24. § 532. Vangerow I § 335 a E Goldschmidt, H.R. I. § 80 u. 48. Laband, die vermögensrechtl. Klagen S. 68 ff. Stobbe II § 73, 3 § 77, 5a E. Lehmann II § 86, 4—6. § 91, 5a E. Windscheid-Kipp § 162 a n. 1.

4) Bruns, Besitzklagen, S. 212. Ruffini a. a. O., S. 353.

5) Bruns, Besitzklagen, S. 212 ff.

6) Vgl. Bruns, Besitzklagen, S. 225.

7) Bruns, Recht des Besitzes, S. 137 § 17. Ruffini a. a. O., S. 353.

8) Bruns a. a. O., S. Ruffini a. a. O., Pars. V cap. 1, S. 353.

nische Erweiterung mit Ausnahme des c. 18 zu leugnen[1]), vielmehr wird eine Anzahl von Erweiterungen über das Interdictum Unde Vi hinaus anzunehmen sein[2]), die im einzelnen festzustellen sind.

Ob man die Spolienklage als allein in Geltung stehend[3]), das Interdikt als beseitigt ansieht, oder ob man die kanonisch-rechtlichen Erweiterungen über das Unde Vi hinaus als Spolienklage, den mit dem Interdikt inhaltlich übereinstimmenden Teil der Spolienklage als Interdikt bezeichnet[4]), bleibt für die rechtliche Beurteilung gleichgiltig.

Die Theorie und Praxis hat nur ein Interesse daran, festzustellen, in welchen Punkten ein Besitzesschutz über das römische Recht hinaus auf Grundlage des kanonischen Rechts und der Praxis besteht[5]). Diese Feststellung ist nur auf Grund eingehender Prüfung möglich.

Gegen die Theorie von Delbrück wird sich von Seiten der geschichtlichen Betrachtung der Klage einwenden lassen, dass seine Annahme, die Spolienklage sei die dingliche Klage des deutschen Rechts[6]), auf unrichtigen geschichtlichen Voraussetzungen aufgebaut ist[7]).

Wahr ist nur die Behauptung Delbrücks[8]) gegenüber Bruns[9]), dass ein Rechtsmittel von so zäher Lebenskraft wie die Spolienklage sich nicht so lange hätte erhalten können, wenn es nur der Fälschung, der Nachlässigkeit und dem Unverstand seine Entstehung und Ausbreitung verdanken würde[10]). Aber die Quellen, aus denen unser Rechtsmittel Nahrung schöpfte, waren nicht die deutschrechtlichen Anschauungen, sondern das in ungeschwächter Kraft wiedererstandene römische Recht[11]).

---

[1]) Wie Savigny, Recht des Besitzes a. a. O., S. 509 es thut.

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 225.

[3]) So Ruffini a. a. O. Pars. V. cap. 4 § 2.

[4]) Vgl. Weiss, das Verhältnis der Spolienklage zum Interdikt U. V. Greifswald 1895.

[5]) Bruns, Besitzklagen, S. 225.

[6]) Delbrück a. a. O., S. 155.

[7]) Ruffini a. a. O. S. 338 ff.

[8]) Delbrück a. a. O., S. 155 ff.

[9]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 170, 171.

[10]) Ruffini a. a. O. Pars. V. cap. 4 § 2.

[11]) Vgl., S. 6 dieser Arbeit.

Das Zusammenfallen der Blüte der Schule von Bologna und der Entstehung des Rechtsmittels ist bedeutsam, der Zusammenhang ist nachgewiesen [1]). Nicht die Form, sondern Form und Inhalt entnahm das neue Rechtsmittel dem römischen Recht. Alle einzelnen Phasen der Umbildung des alten, eine politische Massregel darstellenden Mittels in das neue Rechtsmittel kennzeichnen den römischen Geist so sehr, dass mit Sicherheit die Entwicklung sich nicht so vollzogen hätte, wie sie stattfand, wenn man nicht das römische Recht mit seinen Klagen und scharf davon geschiedenen Einreden, mit seinen Besitzklagen vor sich gehabt hätte. Ohne die römischen Vorbilder wäre das Canon Redintegranda nie darüber hinausgekommen, eine politische Massregel zu sein [2])!

Genau wie die Geschichte der Trennung von Klage und Einrede vom römischen Geiste durchzogen ist, so ist es auch die weitere Geschichte des Aufbaues der Restitutionsklage. Mit Bewusstsein griff man nach den Interdikten zuerst, eine gewisse innere Verwandtschaft in dem Charakter des Canon Redintegranda und der Interdikte drängte darauf hin. Hülfe gegen Gewalt schien nach einer heute überlebten Theorie das Kennzeichen des Besitzesschutzes, Hilfe gegen Gewalt stand im Vordergrunde des Interesses einer Zeit, die sich gegen Vergewaltigungen durch politische Massregeln schützen wollte, die anerkannter massen viele Fehden, viele Gewaltthätigkeiten erlebte, wie sie gegenüber einem angeklagten und deswegen in seiner Macht geschwächten Bischof sich Nachbarn und Feinde gestatten durften. Die Worte „ejecti et spoliati“ schienen auf die eigentliche Vertreibung allein zu deuten.

Die ganze Situation des angeklagten Bischofs, dem die entzogenen Sachen vor der Verurteilung verschafft werden sollten, entsprach am meisten im römischen Recht der rekuperatorische Besitzesschutz. So kam man notgedrungen auf die Interdikte. Ganz unangängig aber ist es, dieser Zeit später unerreichter Kenntnis des corpus juris, den Schülern der ersten Glossatoren, die irrtümliche Annahme eines für den Rechtsinhalt nicht passenden römischen Rechtsmittels vorzuwerfen. Für uns ist die spätere

---

[1]) Vgl. oben S. 6 ff.

[2]) Anm. Es soll freilich nicht von vornherein in Abrede gestellt werden dass auch deutschrechtl. Anschauungen bei dieser Umbildung des kanon. Rechtes untergeordnet mitgewirkt haben.

Verwerfung der weiteren Ausgestaltung unseres Rechtsmittels durch berühmte Juristen ein neuer Beweis dafür, dass man den ursprünglichen Aufbau des neuen Rechtsmittels auf den römischen Interdikten und in dem Rahmen der Interdikte mit Bewusstsein und dem Rechtsinhalt vollkommen entsprechend vornahm. Desgleichen weist die Zulassung der Interdikte neben der späteren condictio auf deren Ursprung hin [1]. Es hängt mit der Interpretation des allgemein gehaltenen Canon Redintegranda sowie den an die Klage herantretenden Bedürfnissen zusammen, dass die actio doli und metus und andere Rechtsmittel bald anwendbar wurden und dass man später der condictio einen, den Klagegrund aller dieser Rechtsmittel mitumfassenden Klagegrund unterlegte.

Die Praxis und Theorie hielt das Rechtsmittel fest und bildete es weiter. Dass es theoretisch schon vor dem Erscheinen des c. 18 feststand [2], ist ein weiterer Beweis gegen Delbrück, der in dem c. 15 ein Compromiss zwischen denjenigen, die das römische Recht festhielten, und denen, die der seiner Ansicht nach bisher noch nicht feststehenden germanisch rechtlichen Klage Boden verschaffen wollten, erblickt [3].

Die genau geschilderte ganze Entwicklung der Spolienklage bekundet das Gegenteil der Delbrückschen Ansicht, Ausdehnungen der Klage über den ihrer Natur entsprechenden Umfang sind freilich zeitweise und zwar nur durch Richtungen der Praxis vorgenommen, dieselben dürfen aber bei einer Klage ohne festen gesetzlichen Boden keinen Beweis für die petitorische Natur derselben liefern, insbesondere da sie durch die Praxis bald wiederum beseitigt wurden, auch nie communis opinio waren [4].

Die vorstehende Betrachtung hat uns bereits im historischen Zusammenhange diejenigen Rechtsmittel vorgeführt, welche jetzt Gegenstand der Darstellung sein sollen. Vorher aber ist von dogmatischen Gesichtspunkten aus zu prüfen, ob nur die vorgenannten Rechtsmittel in den Kreis unserer Betrachtung fallen oder ob auch noch andere Rechtsmittel unter die rekuperatorischen Besitzklagen gehören. Der Besitzklagenbegriff der herrschenden Ansicht gestattet es zunächst dieser, das Interdictum de

---

[1]) So Ruffini a. a. O., S. 292 ff.
[2]) Ruffini a. a. O. S. 337 ff.
[3]) Delbrück a. a. O. § 24 S. 152 ff.
[4]) Ruffini a. a. O. S. 377.

precario unseren vorerwähnten Besitzentziehungsklagen des gemeinen Rechts anzureihen [1]), ausserdem aber nimmt diese Lehre auch das Interdictum de clandestina possessione und die Condictiones possessionis sowie die Interdicta retinendae possessionis in ihrer rekuperatorischen Funktion als gemeinrechtliche Schutzmittel zur Wiedererlangung vorlorenenBesitzes auf Grund quellenmässigerBegründung an.

Wir enthalten uns zunächst gänzlich der Betrachtung der Condictiones possessionis und der rekuperatorischen Funktion der Interdicta retinendae possessionis, weil wir diese Rechtsmittel nicht als zum Thema gehörig ansehen. Was das Interdikt de precario und das Interdikt de clandestina betrifft, so scheiden wir beide aus den unten sofort zu erörternden Gründen ebenfalls noch aus.

Wir begreifen zunächst unter dem von uns angenommenen Besitzklagenbegriff nur Klagen, die folgende beide Voraussetzungen erfüllen:

1. Das Klagefundament muss auf den Besitz des Klägers allein gestützt sein,

2. hinsichtlich des geltend gemachten Anspruches muss die Einrede aus dem Recht ausgeschlossen sein [2]),

Das Interdikt De precario kommt diesen Erfordernissen nicht nach, es kann deshalb in unserem System der possessorischen Klagen keine Aufnahme finden.

In erster Linie ist Besitz in der Person des precario dans nicht erforderlich. Dies hat noch Brinz [3]) geleugnet, aber die l. 8 pr de prec. widerlegt seine Auffassung, wie Adolf Schmidt [4]) nachgewiesen hat. Der hier angeführte Fall ist folgender:

Titius bittet mich um prekäre Überlassung einer Sache, die nicht mein Eigentum ist, sondern dem Sempronius gehört. Ich bitte ihn für Titius, im Irrtum will Sempronius mir das Precarium geben, und Titius bekommt von meiner Hand den Besitz.

Die Entscheidung des Juristen lautet:

„Titus a me precario habet.“

---

[1]) Brinz, Pand. 2. Aufl. § 184 Windscheid, Pandekten § 160. Randa, der Besitz nach österreichischem Recht § 7 a Note 32. Brinz, Jenaer Litteraturztg. 1879, S 618.

[2]) Savigny § 35 Vgl. Windscheid-Kipp § 150 n. 6. u. § 158 n. 1. Vgl. auch Bruns, Lehrb. d. gem. deutsch. R. IV, S. 64.

[3]) Brinz, Jen. Litterat. Ztg. Jahrg. 1874, S. 618.

[4]) Schmidt von Ilmenau, Jen. Litteraturztg. 1845, S. 1181.

Wäre das Interdikt possessorisch, so müsste ich in diesem Falle den Besitz haben. Dies trifft aber nicht zu, mir fehlte der Besitz, und dieser Mangel wird nicht dadurch ersetzt, wie Unterholzner[1]) meint, dass Sempronius mir das Prekarium überlassen wollte. Ich hatte ja. nicht den animus possidendi.

Der possessorischen Natur der Klage widerspricht ferner die hier zulässige Einrede des Eigentums. Jede Klage, welche die exceptio dominii zulässt, gehört nicht in das System der Besitzklagen. Die Gegner erklären zwar die exceptio als negative Litiskontestation[2]), jedoch ist damit in der Sache selbst nichts geändert.

Unsere Ansicht wird dadurch verstärkt, dass die Pandekten das Interdictum de precario abgesondert von den anderen Interdikten behandeln, im Zusammenhang mit den obigen Gründen ist dies ein weiterer Beweis gegen die possessorische Natur des Interdikts. Die Behauptung der Gegner, das Interdictum de precario müsse, da es sonst nirgends im System Platz finde, unter den possessorischen Interdikten unterkommen, ist belanglos. Die systematische Stellung des Prekariums und seine besondere Natur kann uns hier nicht beschäftigen. Dankwardt's[3]) Klage über die ungereimte Zusammenstellung des Precariums mit den possessorischen Interdikten und die so hervorgebrachte Verwirrung ist sehr berechtigt.

Als nicht quellenmässig begründet scheiden wir ferner das Interdictum de clandestina possessione aus[4]). Seine Verteidiger[5]) berufen sich auf c. 7 § 5 D. Comm. div. 103 die Stelle sagt:

Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat, eum vi possidere, non debere hoc judicium, dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi dejecit, interdictum reddi, et si precario, inquit, dicat eum possidere adhuc, cessabit hoc judicium, quia et de precario interdictum datur.

---

[1]) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, S. 565 ff.

[2]) Randa, a. a. O. § 7 a, S. 209. vgl. auch R. Leonhard, Institutionen S. 537 vgl. auch Ubbelohde a. a. O., S. 224 ff.

[3]) Dankwart, Iherings Jahrb. Bd. 14, S. 308.

[4]) So auch Ubbelohde a. a. O., S. 64 ff.

[5]) Puchta, Inst. II., S. 141. Savigny, § 41. Witte, S. 45. Ihering, Grund des Besitzschutzes, S. 101. Bruns, S. 118. Bekker a. a. O., S. 121 ff. neuerdings hält Klein, Sachbesitz u. Ersitzung, Berlin 1891, — S. 192 — die Existenz dieses Interdikts für stark wahrscheinlich, R. Leonhard, Instit. S. 536 für möglich, aber nicht für gewiss.

Sed et si clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse aut cessare hoc judicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit."

Ausser dieser einzigen Stelle im corpus juris giebt es nur noch eine einzige nicht beweiskräftige Stelle bei Cicero de lege agraria 3,3, § 11[1]), auf welche die Gegner ihre Ansicht stützen könnten.

Es ist unerklärlich, dass von einem Interdikt, das grosse Bedeutung haben musste, nur ein einziges Mal im Corpus juris die Rede ist und noch dazu in einer Stelle, die offenbar nur die Einzelansicht eines Juristen bringt. Nirgends ist sonst eine Andeutung vom Interdikt oder der Text der Formel des angeblichen Interdikts zu finden. Dies alles legt den Gedanken nahe, dass l. 7 § 5 cit. selbst nur infolge falscher Auslegung zu einer falschen Annahme seitens der Gegner geführt hat. Wir glauben, dass das Interdikt Uti possidetis als das gegen den clandestinus possessor nach l. 7 § 5 D. 10, 3 stattfindende Interdikt gemeint ist[2]). Bestärkt wird die Ansicht durch Wortlaut und Inhalt der l. 7. Der letzte der drei in derselben erwähnten Fälle, der des clam possidens, wird angeknüpft durch die Worte: „sed et si," während der vorhergehende Fall des Precaristenbesitzes einfach durch die Ausserung: „et si" angereiht ist. Diese Abweichung lässt schliessen, dass ein anders gearteter Fall zuletzt

[1]) Nam attendite, quantas concessiones agrorum hic noster obiurgator uno verbo facere conetur. Quae data donata concessa vendita. Patior Audio. quid deinde? Possessa. Haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo jure teneret, quo qui optimo privatum? etiamne si vi eiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? Ergo hac lege jus civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

[2]) Ubbelohde a. a. O., S. 66, 70. Wir gehen mit Ubbelohde bei unserer Stelle davon aus, dass in allen Fällen verschiedene Klagen stattfinden sollen, die violenta possessio soll mit einer Deliktsklage angefochten werden, die precaria possessio mit einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung, der clam Besitz durch die dingliche Klage zum Schutze des gegenwärtigen Besitzers. Ulpian hat nun wohl die Bemerkungen Julians hinsichtlich der clandestina possessio in seinem Bericht zu Julians Ansicht stehen lassen, weil ja, trotzdem zu seiner Zeit das Uti Possidetis wegen der clandestina occupatio eines solo animo besessenen Grundstückes nicht mehr möglich war, es doch noch immer statthaft war, wegen der clandestina possessio eines durch einen detentor besessenen Grundstücks. Die Compilatoren haben die Bemerkung wohl wegen der l. 11 C. U.V. 8,4 nicht gestrichen.

besprochen werden sollte[1]). Auch die Einleitung der Begründung ist ungleich, hier durch nam, bei dem Prekaristenbesitz[2]) durch „quia.“ Ausserdem ist die Reihenfolge der drei Fälle eine nicht erwartete; denn Julian befolgt nicht die Rangordnung des prätorischen Albums, wie es bei einem ediktmässig erlassenen Interdikt das Natürliche gewesen wäre. In diesem Falle müsste entsprechend der Aufeinanderfolge der Worte „vi clam precario“ in der bekannten Klausel der Prekaristenbesitz nach dem Clambesitz stehen[3]). Wollte man etwa im letzten Fall die Gegenüberstellung eines Gegensatzes erblicken, so passt hierzu nicht die Einführung desselben, da zur Einleitung eines Gegensatzes stets andere Worte verwendet werden[4]).

Die Interpolation dieser Stelle wird endlich klar bewiesen durch Gegenstellen, die geradezu die Nichtexistenz eines Interdictum de clandestina voraussetzen. Einen Gegenbeweis führen die Worte: „ut potior sit illius corporalis possessio“ in l. 25 § 2 d. a. p. 41, 2. Hätte ein Interdikt de clandestina possessione je bestanden, so könnte Pomponius nicht dem körperlichen Besitz desjenigen, der das Grundstück eines andern heimlich okkupiert, den Vorzug geben vor der possessio solo animo dieses Abwesenden[5]), vorausgesetzt, dass man sich für die Annahme eines Besitzverlustes des Abwesenden durch die Occupation entscheidet. Unser Rechtsmittel de clandestina müsste in diesem Falle dem Abwesenden zustehen.

Wir erblicken auch in der Rede Ciceros pro Caecina[6]) einen schlagenden Beweis gegen die Annahme dieses Interdikts[7]). Cicero frägt den Piso, welche Rechtmittel ihm zustehen würden, wenn er (Piso) durch Bewaffnete am Eintritt in sein Haus ver-

---

1) Witte a. a. O., S. 73. Ubbelohde a. a. O., S. 70.

2) Witte, Interd. U. Possid., S. 73. Pflüger, Besitzklagen, S. 357 ff.

3) Pflüger a. a. O. S. 357 ff.

4) Ausserdem macht Kniep, S. 471 treffend darauf aufmerksam, dass Julian bei Erwähnung des Interdikts de clandestina das „et“ auslässt, womit er die Erwähnung des Int. de precario an das Int. Unde Vi anschliesst. s. auch Ubbelohde, S. 70 ff.

5) Baron, Gesamtrechtsverhältnisse, S. 98. Vgl. auch Lenel, S. 377 z. § 247 n. 7.

6) Cic., pro Caec. cap. 11, 12, 35.

7) Kniep, Vacua possessio, S. 375. so auch Ubbelohde a. a. O., S. 73.

hindert würde. Voraussetzung ist hierbei, dass der Besitzverlust für den Piso schon vor dem versuchten Eintritt geschah, daher heimlicher Erwerb stattfand. Neben der actio injuriarum hätte vor allem von Cicero das Interdict de clandestina für den Fall der Existenz desselben genannt werden müssen. Eine Erklärung, die manches für sich hat, jedoch nicht genügend erscheint, versuchen Kniep[1]) und Pflüger[2]), indem sie das in l. 7 § 5 comm. div. genannte Interdikt mit dem von Justinian in l. 11 C. 8,4 eingeführten Rechtsmittel als identisch ansehen. Auf diese These ist unten einzugehen.

Infolge dieser Beweise sind heute die meisten Autoren gegen die Annahme dieses Interdikts[3]). Von den Neueren stellt sich nur Bekker auf die Seite Savignys[4]) aber auf eine Zergliederung der l. 7 § 5 D. comm. div. lässt er sich nicht ein. Bekker sagt, das alte Recht habe des Interdictum de clandestina gehabt, das klassische Recht es auch noch gebraucht, wie l. 7 § 5 beweise, aber ein Bedürfnis für dasselbe sei wohl nicht mehr vorhanden gewesen. Wir geben zu bedenken, dass gerade die älteren Zeiten des Rechts mit einem minder ausgebildeten und verfeinerten Rechtsgefühl nur die schweren Formen der Besitzentziehung durch Gewalt berücksichtigen, während man die andern weniger drastisch in die Erscheinung tretenden Fälle der Besitzentziehung der Selbsthülfe überlässt. Wir müssen für das ältere römische Recht annehmen, der staatliche Schutz sei hier nur in sehr beschränktem Masse für die schlimmsten Fälle der Besitzentziehung eingetreten[5]). Die l. 11 c. 8,4 bestätigt zudem, es sei nur die in rem actio für die Fälle der heimlichen Besitzentziehung vorhanden gewesen. Die Lücke im Rechtsschutz der älteren Zeit wird durch die im grossen Massstab zugelassene Selbsthülfe gemildert[6]).

Wir haben uns noch mit einzelnen Einwendungen der Verteidiger des Interdikts de clandestina[7]) abzufinden. Sie suchen

---

[1]) Kniep, vacua possessio, S. 472.
[2]) Pflüger, die Besitzklagen des römischen Rechts, S. 358.
[3]) s. z. B. Ubbelohde a. a. O., S. 70. Witte, S. 45, 72.
[4]) Bekker a. a. O., S. 121 ff.
[5]) Ihering, Grund des Besitzesschutzes. S. 99 ff.
[6]) Vgl. auch Lenel, S. 377 n. 7.
[7]) Savigny a. a. O., 456 ff. § 41 7. Aufl.

zunächst die Thatsache, dass das Interdikt nicht öfter im Corpus juris erscheint, damit zu erklären, dass gegen Ende des zweiten Jahrhunderts nach Christus die Occupation eines solo animo besessenen Grundstückes nach allgemeiner Ansicht, den bisherigen Besitz nicht beseitigt, bevor der Besitzer von ihr Kunde erhalten hat. Dadurch ist nach Savigny[1]) die clandestina possessio an Grundstücken beseitigt, mithin auch das Interdikt de clandestina possessione unmöglich geworden, weil es sich ja nur auf Grundstücke bezog. Letztere Behauptungen sind nicht richtig. Clandestina Possessio ist vielmehr auch dann noch an Grundstücken möglich. Sie findet nämlich immer noch statt an Grundstücken, die nicht solo animo retinentur, sondern deren Besitz durch einen Detentor geübt wird[2]), clam besitzt ferner derjenige, der den seinem Erblasser precario überlassenen Besitz festhält, er besitzt nicht etwa precario[3]).

Hier fehlen also die thatsächlichen Grundlagen für die gegnerische Ansicht. Auch dort, wo die thatsächliche Unterlage vorhanden ist., d. h. bei Grundstücken, deren Besitz solo animo retinebatur, gelangen die Gegner nur mittels eines Trugschlusses zu ihren Festellungen. War nach Savigny das angezogene Interdikt ein Interdikt recuperandae possessionis, so bedurfte es zu seinen Voraussetzungen weder dessen, dass der clam occupans infolge seiner Occupation gegenüber dem bisherigen Besitzer als Besitzer galt noch auch dessen, dass durch die clandestina possessio als solche die Rechtswirkungen des bisherigen Besitzes für die Zukunft beseitigt waren[4]).

Was die Fassung des von uns geleugneten Interdikts betrifft, so könnte es überhaupt nicht gelautet haben: „Quod tu ab illo clam possides[5])“ weil dann der wichtigste Fall, dass der clam possidens den Besitz verloren hatte, unberücksichtigt geblieben wäre.

---

[1]) Sav. a. a. O. § 41 7. Aufl., S. 456 ff.

[2]) l. 44 § 2 D. 41 eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem quam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus.

[3]) Paul V. 6, 12.

[4]) Es genügte vielmehr die Thatsache, dass der Impetrat das im Augenblick seiner Occupation vom Impetranten solo animo besessenen Grundstück clam occupiert hatte, ohne Rücksicht darauf, was aus dem Besitze später geworden war.

[5]) so Karlowa a. a. O. II 323.

Wir sehen daher das Interdikt de cland. poss. als nicht quellenmässig begründet an, und gehen nach erfolgter Ausscheidung des Interdiktes de precario und des Interdiktes de clandestina possessione zur Betrachtung der uns nun noch verbleibenden rekuperatorischen Rechtsmittel, des Unde Vi, und auf dem Gebiete des kanonischen Rechts, der Spolienklage, über.

Wir haben uns zunächst dagegen zu wehren, dass manche auch gegen den possessorischen Charakter der actio spolii und des Interdikts Unde Vi Angriffe erheben.

Eine Besitzentziehungsklage bleibt trotz aller Anfeindungen in dieser Beziehung die Spolienklage. Man will ihr die Natur einer Besitzklage absprechen, weil sie gegen den dritten Besitzer als solchen gehe, und dies dem Wesen einer Besitzklage widerstreite[1]. Ziebarth geht bei dem Beweise des Satzes, die Spolienklage gehöre unter die dinglichen Klagen, davon aus, dass die Besitzklage auch dem unredlichen Besitzer zustehe, lasse man sie aber gegen den redlichen Besitzer zu, so „heisse das den Raub begünstigen auf Kosten des jetzigen redlichen Besitzers," aber auch gegen den unredlichen Besitzer dürfe man sie nicht zulassen; denn, sagt Ziebarth), „der frühere unredliche Besitz kann immer nur in Folge rechtswidriger Verletzung gegen den Verletzer Ansprüche erzeugen, nicht aber kann von zwei unredlichen Besitzern der unredliche ältere Besitzer nur deshalb vorgehen, weil er früher Unrecht gethan hat, „nie kann die Thatsache, dass ein unredlicher Besitz unfreiwillig aufgehoben ist, eine Klage gegen einen dritten, wenn auch redlichen Besitzer begründen."

Durch die Ziebarth'sche Deduction fühlen wir uns nicht veranlasst, den obigen Besitzklagenbegriff im Sinne Ziebarths dahin etwa zu modifizieren, dass die bei einer Besitzklage stattfindende Passivlegitimation eines dritten Besitzers den Besitzklagenbegriff aufhebe.

Ganz dahingestellt, ob die von Ziebarth für die Spolienklage behauptete Ausdehnung der Passivlegitimation zutrifft, leidet die Ziebarth'sche Annahme, dass possessorische Klagen wesentlich nur durch „absichtliche, direkte Verletzung" des Besitzes begründet werden können, also auf „formell rechtswidrigen Handlungen

[1]) Delbrück, Nachträge, S. 131. Ziebarth, Realexekution, S. 262, 271.

des Gegners beruhen, auf einem Irrtum[1]). Sie ist falsch für das römische Recht; selbst aber wenn sie für dieses richtig wäre, brauchten sich andere Gesetzgebungen hiernach durchaus nicht in der Ausdehnung des Besitzesschutzes zu richten.

Ziebarth lässt sich ebenso wie Delbrück einseitig von der Furcht davor leiten, dass der Besitzesschutz dem unrechtmässigen Besitzer zu Gute kommen könne, er unterschätzt den Vorteil, den der rechtmässige Besitzer bei dieser Regelung hat. Die Abwägung beider Umstände aber ist Sache der Gesetzgebung, will sie besondere Vorteile für den rechtmässigen Besitzer, so muss sie den Nachteil sich gefallen lassen, dass unrechtmässige Besitzer in den Genuss dieser Vorteile kommen, sofern sie nicht durch Prüfung der Rechtsmässigkeitsfrage in jedem einzelnen Falle den Besitzschutz in bedenklicher Weise erschweren will. Zeitumstände werden jeder Gesetzgebung ebenso wie Verhältnisse aller Art im Einzelfall vorschreiben, ob sie die Furcht vor den Nachteilen oder die Förderung der Vorteile entscheiden lassen soll.

Aus diesen Gründen weisen wir der Spolienklage unter Ablehnung der Theorie Ziebarths den Platz unter unseren Klagen an, indem wir noch später sehen werden, dass die Frage der Zulässigkeit petitorischer Einreden bei ihr verneint werden muss.

Über die etwa von einzelner Seite gegen die possess. Natur des Unde Vi erhobenen Bedenken wird unten gehandelt werden.

Wir gehen nun auf die Darstellung der gemeinrechtlichen Restitutionsklage, im 2ten Teil auf diejenige der Restitutionsklagen des B.B.G. ein. Hierbei haben wir Gelegenheit noch zu sehen, ob die Ausscheidung jener vorstehend genannten Rechtsmittel aus dem Besitzklagensystem für das römische Rechtsleben eine Lücke bedeutet.

Wir beginnen mit dem Gemeinen Recht und betrachten zunächst die Activlegitimation der gemeinrechtlichen Restitutionsklage.

Die Frage, wer zur Anstellung der Klage berechtigt sei, erfährt durch das römische Recht eine andere Beantwortung als durch das kanonische Recht.

---

[1]) Bruns, Besitzklagen, S. 217 ff. vgl. auch Ruffini, a. a. O. S. 396 ff.

Cap. II. Die Klageberechtigung bei dem Interdikt Unde Vi.

Das Interdictum Unde Vi steht nur dem juristischen Besitzer zu[1]), die Behauptung, dass es auch dem Detentor gegeben werde, ist als unrichtig zu verwerfen[2]).

Diese Ansicht ist die Folge der irrtümlichen Auffassung des Begriffes der possessio, die als Grundlage des Interdikts U. V. in l. 1 § 23 D. h. t. erscheint:

„Interdictum . . . . . hoc competit nulli nisi ei qui tunc, cum deiceretur, possidebat, nec alius deici visus est quam qui possidet."

Da die Ausdrucksweise des Interdikts „possidere" in den Quellen nicht unzweideutig gebraucht wird, so ist es nötig, noch eine genauer sich ausdrückende Stelle heranzuziehen. Es ist dies die l. 1 § 9, § 10 cit. von Ulpian: § 9 „Deicitur is, qui possidet sive civiliter sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.

§ 10. Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit interdicto uti,: non tamen si colonus.

Der an die Stelle sich anknüpfende Streit dreht sich um die Bedeutung der Worte „naturalis, civilis" „possessio."

Zunächst ist es unzweifelhaft, dass die Worte: „is qui possidet" den juristischen Besitz als Erfordernis des Interdikts Unde Vi aufstellen, da in den verschiedensten anderen Stellen als Voraussetzung des Interdikts der juristische Besitz ausdrücklich hervor gehoben ist[3]). Die Worte: „sive civiliter sive naturaliter possidere" können daher nur Unterarten desselben darstellen.

Es frägt sich, was die Aeusserung „naturaliter possidere" hier bedeutet. Savigny[4]) nimmt bekanntlich eine dreifache Bedeutung des Wortes; „possessio" in den Quellen an: „civilis possessio," „possessio" schlechthin und „naturalis possessio." Er glaubt, dass die Worte einmal vom Gesichtspunkte der Usucapio, anderseits

---

[1]) so Ubbelohde a. a. O., S. 19 u. dort Cit. Windscheid-Kipp u. dort Cit.

[2]) anders R. Leonhard, Inst., S. 535.

[3]) Ubbelohde V 1, S. 30 ff.

[4]) Savigny a. a. O., S. 69 ff. u. 158—170.

von dem des Interdiktenschutzes betrachtet werden. Er stellt zunächst die zur Usucapion führende possessio civilis der nicht zur Usucapion führenden possessio naturalis im weiteren Sinne gegenüber. Letztere scheidet er aber weiter in den Interdiktenbesitz oder die possessio schlechthin und in alle anderen des Interdiktenschutzes nicht fähigen Besitzesarten, die er als possessio naturalis im engeren Sinne bezeichnet. Nach Savigny hat der Ausdruck: „naturaliter possidere“ in unserer l. 9 cit. die Bedeutung der possessio schlechthin. Durch die Worte „is qui possidet“ sei von vornherein die Beschränkung auf den Interdiktenbesitz gegeben und innerhalb dieses Rahmens sei es dem Juristen um die Scheidung des Usucapions- vom Nichtusucapions-Besitz zu thun. Der Besitz der Frau gehöre zu jener Klasse von Besitz, der nicht zur Usucapion führe und werde als Beispiel für Fälle solcher Art gebraucht. Zu den Worten: „non tamen si colonus“ seien die Worte „dejectus erit, poterit interdicto uti“ zu ergänzen.

Nun hat man indessen diese Einteilung später allgemein verworfen[1]), und damit bedarf auch der aus ihr gefolgerte Ausschluss der Detention von der Anstellung des Interdikts Unde Vi einer anderen Begründung.

Dem Einteilungsprinzip Savignys gegenüber gingen andere von einer Zweiteilung des Besitzes aus, indem die einen das Interdikt den possessores civiles und naturales geben, die anderen dagegen nur den possessores civiles zugestehen. Die erstere Richtung versteht unter possessio das thatsächliche Innehaben und unter naturalis possessio die Detentio, sie berufen sich dafür auf den Wortlaut der l. 9, während sie für l. 10 besondere Erklärungen haben.

Thibaut[2]) bezieht „poterit“ auf „maritus“ und erklärt den § 10 nicht als Beispiel, sondern als Zusatz zu § 9, in der Art, dass das Interdikt sogar dem gegeben werde, der nicht Besitzer sei. Im Falle der Dejektion der Frau aus dem ihr geschenkten Grundstück habe der Mann das Interdikt, anders wenn der Pächter

[1]) Vgl. Karlowa a. a. O., S. 311 ff. Ubbelohde a. a. O., S. 31 ff. während Windscheid-Kipp, S. 655 § 148 n. 12 noch Savignys Lehre als herrschend bezeichnet, obgleich Kipp nicht auf deren Boden steht.

[2]) Thibaut, Archiv f. civ. Prax. 23, S. 178 ff.

der Frau entsetzt sei, dann dürfe der Mann nicht klagen, weil zwischen ihm und dem Pächter keine näheren Beziehungen beständen.

Thibauts Ansicht erscheint gezwungen; zunächst nämlich lässt sich in § 10 bezüglich der Klageberechtigung nicht ersehen, warum Ulpian das Beispiel eines geschenkten Grundstückes unter so vielen möglichen Beispielen wählte, in denen dem Manne bei Dejection der Frau dieselbe Klageberechtigung zusteht. Thibauts Einwand, letztere lasse gerade hier Zweifel zu, da die Frau infolge der Nichtigkeit der Schenkung nicht die Stellung des juristischen Besitzers erlangt habe, bietet keine genügende Rechtfertigung; denn es wäre in diesem Falle anzunehmen, Ulpian hätte der Deutlichkeit wegen betont, dass der Fall das Beispiel für eine ganze Klasse von Fällen darstellen solle. Am meisten gegen Thibaut aber spricht UE. die Konstitution Constantins in l. 1 C. si per vim. Sie wäre überflüssig, wenn schon zur Zeit Ulpians jeder Detentor mit dem Interdikt Unde Vi hätte klagen können[1]. Erst diese erteilte dem Detentor alieno nomine das Interdikt ausnahmsweise für den Fall der Abwesenheit des Herrn. Auch fehlen endlich alle Quellenzeugnisse, die doch sonst für alle Einzelheiten der Besitzlehre so zahlreich sind. Dies bildet ein nicht zu unterschätzendes Argument.

Den aus der Analogie mit dem Mobiliarbesitzschutz, insbesondere mit der actio vi bonorum von Sintenis[2]) gezogenen Folgerungen kann man den Mangel innerer Berechtigung entgegenhalten, da ein wesentlicher Unterschied bezüglich des Bedürfnisses des Bezitzesschutzes zwischen Mobilien und Immobilien besteht[3]).

Kierulffs[4]) Ansicht, dass l. 9 nur von der Möglichkeit der Dejektion überhaupt ohne Rücksicht auf die Klageberechtigung spreche, erst l. 10 dagegen einzelne Fälle der Klageberechtigung scheide, setzt sich zwar nicht in direkten Widerspruch mit dem Wortlaut dieser Stelle, wohl aber mit l. 1 § 1 cit.[5]) Ebenso

---

[1]) so auch Ruffini, Pars. I cap. I § 7.

[2]) Sintenis, Gemeines Civilrecht § 42 A. 24.

[3]) Weiss a. a. O., S. 13.

[4]) Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. I, S. 349 A. 5.

[5]) Vangerow, Pandekten I. § 200.

verstösst Vangerow[1]) gegen die Quellen, welche sagen, dass die Ehefrau nicht detiniere, sondern Interdiktenbesitz habe.

Wenn ferner Burchardi[2]) meint, dass man eine das Interdikt begründende Besitzentsetzung auch bei der naturalis possessio annehmen kann, und er in dem § 9 nicht alle Detentionsfälle, sondern nur eine bestimmte Art oder Zahl erblickt, so würde seine Theorie nur dann erfolgreich sein, wenn er den Begriff der naturalis possessio für unsere Stelle genau begrenzen könnte. Windscheids[3]) Ansicht ist infolge ihrer Mehrdeutigkeit ebenso unbefriedigend.

Unter den Neueren verdienen noch Kindel[4]), Klein[5]), Ubbelohde[6]), v. Scheurl[7]), Bruns, Bekker[8]), Duncker[9]) und Meischeider[10]) besondere Erwähnung. Kindel führt besonders l. 12 und l. 18 pr. dafür an, dass der Pächter als solcher das Interdikt Unde Vi habe. Er fasst die Worte der l. 1 § 10 i. f. „non tamen si colonus“ so auf, dass die beschenkte Ehefrau wegen der Dejektion ihres Pächters das Unde Vi nicht habe. Dies kann aber aus der Stelle nicht entnommen werden.

Fr. Klein[11]) versucht eine eigentümliche Regelung. Er versteht l. 1 §§ 9 ff. dahin, dass zwar dem Pächter ebenso wie jedem, der eine blos repräsentative Inhabung übt, das Interdikt Unde Vi nicht zustehe dagegen jedem anderen Detentor. Thatsächlich würde

---

[1]) Vangerow, a. a. O. I. § 199 n. Vangerow betrachtet als Civilbesitzer den Besitzer, der die Detention mit animus domini hat, als possessor naturalis den, der zwar detiniert, aber den animus domini nicht hat oder haben darf, weil die besessene Sache extra comnercium ist oder der Besitzer selbst des Eigentums unfähig oder der Besitz aus einem sonstigen civilrechtlich nichtigen Geschäfte abgeleitet war.

[2]) Burchardi, Archiv Bd. XX. S. 46. ähnlich wie Burchard Windscheid-Kipp, S. 655 § 148 n. 12.

[3]) Windscheid, Pand. I § 160 § 148 n. 12 Windscheid sieht die Worte civilis und naturalis possessio in ihrer Anwendung auf den Besitz des beschenkten Gatten zur Bezeichnung des vom Recht gebilligten u. nicht gebilligten Besitzes gebraucht.

[4]) Kindel a. a. O., S. 145 ff.

[5]) Fr. Klein a. a. O., S. 147 ff.

[6]) Ubbelohde, S. 18, 30.

[7]) v. Scheurl, Beitr. z. Besitzr., S. 22.

[8]) Bekker a. a. O., S. 151.

[9]) Duncker, Besitzklage u. Besitz, S. 113 ff.

[10]) Meischeider a. a. O., S. 77.

[11]) a. a. O., S. 147, 152 n. 112 a. E.

dies eingeengt sein auf den Niessbraucher und denjenigen, dem der Gebrauch eines Grundstücks unentgeltlich überlassen worden ist. Über das erstere Verhältnis wird später gesprochen, bezüglich des zweiten Verhältnisses finden sich keine Belege. Es ist nicht ersichtlich, warum der Commodatar eines Hauses dessen Besitzer nicht in derselben Art repräsentieren soll wie der Mieter. Ein Gegensatz lässt sich aus Gaj. IV 153 aus den Worten: „per eos quoque quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur“ — nicht entnehmen, da es nicht feststeht, dass „quoque“ einen Gegensatz bedeuten will[1]. Ein Beweis gegen Klein liegt wohl auch darin, dass die Römer bei dem seltenen und wirtschaftlich unbedeutenden Falle der Grundstücksleihe zu dieser erheblichen Bestimmung keinen Anlass gehabt haben würden[2])

Bruns[3] verallgemeinert den Satz, dass die beschenkte Ehefrau keine possessio civilis erwerbe, dahin, dass Civilbesitz bei allen civilrechtlich ungültigen Geschäften nicht statthabe. Ähnlich argumentiert Ubbelohde[4]. Er versteht unter naturalis possessio einen solchen juristischen Besitz, der nicht auf Grund eines durch die Rechtsordnung anerkannten Geschäfts, nicht ex justa causa erworben ist und deshalb der Anfechtung durch irgend einen Rechtsbehelf z. B. Delictsklage oder condictio unterliegt. Von Scheurl[5] nennt civilis possessio den Besitz, der mit Eigentum nach jus civile verbunden ist oder solches erzeugen kann.

Duncker[6], der das Interdikt Unde Vi nicht als Besitzklage ansieht, versteht unter „civilis possessio“ in § 9 den durch das Interdikt Uti Possidetis geschützten Besitz, unter „naturalis possessio“ in § 9 ein diesem gegenüber gestelltes anderes thatsächliches Herrschaftsverhältnis zur Sache und leitet aus diesem letzteren Umstande, dass es sich um ein anderes thatsächliches Herrschaftsverhältnis bei dem Int. Unde Vi handele, die Ansicht ab, dass das Int. Unde Vi keine Besitzklage sei. Nach seiner Auffassung wird in § 10 dem Gatten, der die Sache seiner Ehefrau geschenkt hat

---

[1]) Vgl. Ubbelohde a. a. O., S. 18 u, 19 u. n. 20 f.
[2]) Vgl. Ubbelohde, a. a. O., S. 32.
[3]) Bruns, Besitz a. a. O., S. 25.
[4]) Ubbelohde, a. a. O., S. 31.
[5]) v. Scheurl, S. 22.
[6]) Duncker a. a. O., S. 108 ff.

und nicht mehr Besitzer ist, in diesem Ausnahmefall das Interdikt Unde Vi gegeben, obwohl er weder detiniert noch dejiciert sei. Der Grund hierfür liege darin, dass der Ehemann die seiner Frau zugefügte Gewalt wie eine ihm angethane Beleidigung ansehen könne. Zur Annahme einer solchen Singularität liegt kein Anlass vor. Hätte l. 10 im Duncker'schen Sinne sich äussern wollen, so hatten die Juristen bei der Wichtigkeit, die gerade einer solchen Singularität beigemessen wurde, diese hier massgebenden Gründe sicherlich auch angedeutet. Nach dem vorliegenden Texte muss die Dunckersche Ansicht als blosse Vermutung verworfen werden. Ausserdem spricht hauptsächlich gegen Duncker, dass Ulpian keinen andern Unterschied zwischen dem Uti Possidetis und dem Unde Vi hervorhebt, als dass das eine retinendae, das andere recuperandae possessionis sei.

Auf eine Feststellung der Worte: „civilis naturalis possessio" in diesen Stellen lassen sich endlich Meischeider[1]) und Bekker[2]) nicht ein, letzterer führt insbesondere aus, dass man für die angegebenen Ausdrücke durchaus keine einhellige Bedeutung in allen Stadien der römischen Rechtsentwickelung annehmen könne, vielmehr hätten die Juristen der einzelnen Zeitalter naturnotwendig die Ausdrücke in verschiedenem Sinne angewandt. Auch Dernburg[3]) lässt sich auf die Feststellung dieser Begriffe nicht ein.

U. E. kommt es auf die Ausdrücke „civilis" „naturalis" possessio nicht an. Wir kommen mittels eines indirekten Schlusses am besten zum Ziel. Wenn man zu den Worten: „non tamen si colonus" ergänzt die Worte: „poterit interdicto uti," so ist der klare Sinn dieses Nachsatzes, dass der colonus von der Klageberechtigung ausgeschlossen ist. Es liegt aber sehr nahe hier den colonus als Repräsentanten der Kategorie der Detentoren anzusehen. Ihnen gegenüber stehen nach dem Sinne der Stelle durch „tamen" scharf geschieden, alle juristischen Besitzer, denen allein das Interdikt zugesprochen wird. Unter diesen ist wieder in § 10 die beschenkte Ehefrau von Ulpian deshalb hervorgehoben, weil er in einer Befürchtung vor auftauchenden Zweifeln darüber, ob die Ehefrau

---

1) Meischeider a. a. O., S. 77.
2) Bekker, Recht des Bes., S. 151.
3) Dernburg a. a. O. § 175 n. 2.

auch den Interdiktenbesitz habe, bei dieser Gelegenheit der ganzen Frage durch eine bejahende Entscheidung den Boden entziehen wollte.

Noch weitere Beweise lassen sich für die alleinige Klageberechtigung des juristischen Besitzers aus der Vorgeschichte des Interdictum Unde Vi entnehmen. Die Formel des Interdikts de vi non armata enthielt ausdrücklich das Erfordernis des Besitzes[1]). Sie lautete: „Unde tu illum vi dejecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario abs te possideret, eo restituas.“ Noch im Hadrian'schen Edikt fand sich die Clausel „cum possideret[2]).“ Keller[3]) bestreitet es, sieht aber im Begriff des Dejici das Erfordernis des juristischen Besitzes enthalten. Gegen Keller, der durch die Art seiner Betrachtung des fr. 1 § 23 zu dieser Annahme gelangt, spricht der Ort, wo wir in Ulpians Commentar das Erfordernis der Possessio finden, wenn ihm der Wortlaut der Stelle auch Recht zu geben scheint[4]). Ulpians Bemerkung, das Erfordernis des Besitzes liege im Begriffe des Dejici, ist darauf gerichtet, dass bei dem Interdikt de vi armata die Clausel: „cum possideret“ und die Voraussetzung des juristischen Besitzes nur aus der Vergleichung mit dem Interdikt de vi non armata zu folgern sei.

Aber auch für das Interdikt de vi armata ist das Erfordernis des juristischen Besitzes anzunehmen. Bei Ulpian[5]) und Paulus[6]) finden sich hierauf bezügliche Andeutungen. Gajus[7]) bringt die ganze Materie einschliesslich des I. U. V. armata unter den Begriff der rekuperatorischen Interdikte, ohne eine andere Abweichung des Interdikts de vi armata hier an der für die Kennzeichnung der

---

[1]) Dass zu Ciceros Zeit das Interdikt de vi non armata den Besitz des Impetranten mit den Worten: „cum ille possideret “voraussetzte, ergiebt sich aus Cic. pro Tull. 19, 44, Cic. pro Caec. 31, 91, 32, 92.

[2]) Lenel, Edictum perpet., S. 371 ff. Ubbelohde, S. 17 ff.

[3]) Keller, Semestrium ad M. T. Ciceronem libri sex. Vol. I p. 313.

[4]) Ubbelohde, Glücks Comment. V, S. 17. Mit Recht verneint Ubbelohde, dass die Worte: „cum ille possideret“ überflüssig seien; denn es sei denkbar, dass nur im Zusammenhange mit ihnen das Dejici seine Beschränkung auf den juristischen Besitzer bekommen habe.

[5]) Ulpian u. Pomponius gebrauchen, der erste das Wort: „possessor“, der andere das Wort: „possideret“ D. 43, 16, f. 3 § 3. f. 14.

[6]) Paul., Sent. V, VI. 4.

[7]) Gaj. Inst. lib. IV. n. 155.

Unterschiede geeigneten Stelle hervorzuheben, als dass letzteres die exceptio vitiosae possessionis nicht habe[1]). Hätten aber andere Unterschiede noch bestanden, so hätte sie Gajus hier mit aufführen müssen[2])

Ferner sprechen noch folgende Thatsachen dafür, dass sowohl das Interdikt de Vi armata wie das vereinigte Interdikt, für welches die Compilatoren die Formel des Interdikts de Vi armata benützten, den juristischen Besitz erfordern, auch wenn die Formel des I. de V. armata die Clausel: „cum possideret" nicht hatte.

Die Compilatoren legten dem vereinigten Interdikt den Commentar Ulpians zu Grunde, der oft das Erfordernis des juristischen Besitzes betont. Sie hätten das nicht thun können, wenn sie nicht für das Interdikt de vi armata wie für das vereinigte Interdikt das Besitzerfordernis als gegeben ansahen.

Ferner ist der ganze Verschmelzungsprozess der beiden Interdikte ein Zeugnis dafür, dass die Grundlagen der Interdikte dieselben waren. Hätte das Erfordernis des Besitzes bei dem Int. de vi quotidiana hier bestanden, dort aber bei dem Interdikt de vi armata nicht bestanden, so würden unüberwindliche Schwierigkeiten die Verschmelzung verhindert haben[3]).

---

[1]) Ubbelohde, S. 157 hält durch Gajus nur für bewiesen, dass zur Zeit M. Aurels das Interdikt De vi armata juristischen Besitz des Impetranten voraussetzt.

[2]) Durch die obigen Auseinandersetzungen wird die Ansicht von Kniep a. a. O., S. 379 ff. widerlegt, dass das Interdikt de vi armata in der Fassung: „Unde tu illum vi hominibus armatis prohibuisti" auch dem Eigentümer zustehe, der mit Waffen an der Besitznahme seines Grundstücks gehindert werde. Wenn das Erfordernis des juristischen Besitzes für beide Interdikte so betont wird, kann natürlich von Knieps Ansicht keine Rede sein. Kniep stützt sich auf l. 3 § 8 ht. er glaubt, dass hier von einem Eigentümer die Rede sei, der den Besitz des ihm gehörigen Grundstücks ergreifen wolle. Mit dem dominus in possessionem veniens wird aber oft der Eigentumsbesitzer gemeint, auch ist l. 8 nur im Zusammenhang mit l. 7 zu verstehen. In der weiter von Kniep für sich nutzbar gemachten l. 3 § 8—10 cit. sind die Worte: qui cum armis venit willkürlich von Kniep auf das Wort „dominus" des § 8 wie des § 10 bezogen, dominus in § 10 bedeutet nur den Prinzipas des Procurators. Daher ist es falsch aus den cit. §§ zu entnehmen, dass der gegenwärtige Besitzer seinen Besitz gegenüber dem Eigentümer, der nie im Besitz war, ebensowenig wie gegenüber dem gewesenen Besitzer, von dem er selbst vitio besitzt, mit Waffen verteidigen darf. Gegen Kniep spricht auch Cic. pro Caec. 13, 36 auch l. 3 § 12 cit. spricht nicht für Kniep.

[3]) Ruffini a. a. O. S. 19 ff.

Die Gegner[1]) stützen sich allein auf Cicero.[2]) Sie vergessen, dass er in dem Prozesse des Caecina nicht Respondent, sondern interessierter Rechtsbeistand war.

Der Thatbestand des Prozesses ist folgender: M. Fulcinius zu Tarquinii war Eigentümer eines Grundstücks, das an ein seiner Frau Caesennia gehörendes Landgut grenzte. In seinem Testament setzte er seinen Sohn M. Fulcinius zum Erben ein, seiner Ehefrau vermachte er den mit seinem Sohne gemeinschaftlich auszuübenden Niessbrauch an seinem Grundstück[3]). M. Fulcinius und sein Sohn starben bald nach einander, letzterer mit Hinterlassung eines Testamentes, in dem er den Caesennius zum Erben eingesetzt, seiner Frau und Mutter aber Legate ausgesetzt hatte. Zwecks Regulierung des Nachlasses des jüngeren Fulcinius wurden auch, jene, mit dem Niessbrauch der Caesennia belasteten Grundstücke versteigert[4]).

Eines dieser Güter, das an das Landgut der Caesennia grenzte, das sogenannte Fulcinianum, wurde von einem gewissen Äbutius ersteigert. Kurz nach Ablauf der Versteigerung verheiratete sich Caesennia wieder mit Caecina, starb aber bald darauf, nachdem sie ihren Ehegatten Caecina zu 69/72, einen Freigelassenen zu 2/72, und den oben genannten Äbutius, dessen sie sich öfters als Commissionärs bedient hatte, zu 1/72 testamentarisch zu Erben eingesetzt hatte[5]). Caesennia hatte das Grundstück verpach te gehabt, mit ihrem Tode ging die Pacht zu Ende. Zwischen Caecina und Aebutius entstanden jetzt Erbschaftsstreitigkeiten insbesondere wegen des Fulcinianum.

Caecina behauptete, es sei zum Nachlass seiner Frau gehörig, da Aebutius es nur für diese in ihrem Auftrag erstanden habe, während Aebutius darauf fusste, dass er dasselbe für sich gekauft

---

[1]) Cujaz, Op. vol. IV, p. 652. Donell, Op. vol. XV. c. 31. Latomus, In M. T. Cic. pro A. Caec. Orat. Schol., p. 344. 347. Menochius, De rec. poss. remed. 1 n. 2. Voet, Comm. ad Pand. XMIII 16. Duncker a. a. O., S. 108 ff. Huschke, Analect. litter., S. 164 ff. Keller, Semest. II Bethmann-Hollweg, Civilproz. II § 125, S. 829 ff. Ubbelohde a. a. O., S. 168 ff.

[2]) Cicero, Or. pro Caecina cap. 31, 32.

[3]) Cic., pro Caec. 4, 10 ff.

[4]) Pro Caec. 4, 12.

[5]) Cic. pro Caec. 6, 17 ff.

habe und es daher sein Eigentum sei. Letzteres zeigte Aebutius eines Tages auf dem Forum zu Rom dem Caecina förmlich an[1]). Durch diese Mitteilung verhinderte Aebutius, dass der arbiter sich auf die von Caecina beantragte Nachlasstrennung inter coheredes[2]) einliess, da der Streit in einem besonderen Prozess ausgetragen werden musste[3]). Ein Prozess wurde durch diese Mitteilung nicht eingeleitet[4]). Caecina beschloss die Vindication des Grundstücks[5]) und vereinbarte eine Zusammenkunft auf dem Grundstück, damit die Deductio moribus vom Gegner vorgenommen werde. Aebutius entschloss sich, diese nicht vornehmen zu lassen und begab sich daher mit Bewaffneten auf das Grundstück, um den Caecina am Übertritt auf dasselbe zu hindern. Als Caecina mit wenigen Freunden auf dem Wege nach dem Grundstück das Castell Axia erreicht hatte, erfuhr er das Vorstehende, dennoch versuchte er, auf das Grundstück zu kommen[6]), obwohl ihn Aebutius vorher gewarnt hatte, dass er den Versuch mit dem Leben werde bezahlen müssen[7]). Caecina gelangte bis hart an die Grenze, da befahl Aebutius jeden zu töten, der die dort befindliche Baumreihe überschreite. Caecina musste zurückweichen mit den Seinen und entkam[8]), ohne dass jemand verletzt wurde. Darauf erwirkte er gegen Aebutius das Interdikt de Vi armata, und es kam zur Sponsio[9]) und restipulatio. Im ersten Termine vertagten die Rekuperatoren die Sache, nachdem hier Caecinas Zeugen verhört waren und der Anspruch begründet worden war[10]). Im zweiten Termin wurden die Zeugen des Aebutius gehört, es wurde jetzt von ihm nicht bestritten, was geschehen war, während er im ersten Termine wohl

---

1) pro Caec. 7, 19.

2) Cic., pro Caec. 7, 19.

3) Keller, S. 361—366. Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff. Kappeyne van de Copello, Abhandlungen zum römischen Staats- u. Privatrecht Heft 2, S. 132 ff.

4) anders v. Bethmann-Hollweg II 382.

5) pro Caec. 32, 95.

6) pro Caec. 7, 20.

7) Cic. pro Caec. 7, 20

8) pro Caec. 8, 21 ff. 10, 26.

9) pro Caec. 8, 23.

10) tum enim nostrae causae spes erat posita in defensione mea, tum in nostris testibus.

noch geleugnet hatte. Der Verteidiger des Aebutius, Piso, machte geltend, dass Jemand, der nicht Besitz gehabt habe, nicht restituiert werden könne. Die Rekuperatoren vertagten die Sache nochmals zwecks Beleuchtung der Rechtsfrage durch die Anwälte. Im dritten Termine hielt Cicero die Replik als Sachwalter des Caecina, in der Art, wie sie uns in der Rede pro Caecina vorliegt.

Es dreht sich im Prozesse um 2 Fragen, an erster Stelle darum, ob Besitz Voraussetzung des Interdikts de vi armata sei, zweitens darum, ob Caecina im Bejahungsfall besessen habe, drittens ob die hier vorgekommene Gewalt unter das Interdikt de vi armata falle. Piso bejaht, Cicero verneint die erste Frage[1]). Die zweite Frage und deren Beantwortung würden sich erübrigt haben, sobald Cicero genügende Beweise dafür an der Hand gehabt haben würde, dass Besitz für das Interdikt de vi armata nicht erfordert sei[2]). Umgekehrt würde aber auch die eingehende Erörterung der ersten Frage überflüssig gewesen sein, sobald Cicero ausreichende Beweise für den Besitz Caecinas zu Gebote gestanden hätten[3]). Cicero lässt sich auf beide Fragen ein. Es ist dies von vornherein zum mindesten ein Beweis dafür, dass er auf eine verschiedene Auslegung der Sache gefasst sein musste, wir werden unten noch sehen, welche verschiedenen Beweggründe für Cicero massgebend waren. Als geschickter Advokat will er aus freien Stücken dem Gegner nichts zugeben[4]), wir müssen daher die von ihm vorgebrachten Behauptungen sorgfältig prüfen.

Über das den Ausführungen Ciceros beizulegende Gewicht war man in der Wissenschaft lange uneins. Heute sind die Ausleger wohl eher darüber klar, dass Caecina als Nichtbesiter anzusehen ist[5]), wärend dies früher vielfach bestritten wurde[6]). Die Beweise für Caecinas Besitz sind sehr dürftig. Wenn ein Jurist wie Bethmann-Hollweg an Caecinas Besitz glaubt, so ist dies zunächst

---

[1]) pro Caec. 32, 92 ff.

[2]) ebenso Ruffini a. a. O., S. 8 ff.

[3]) Kappeyne van de Copello, S. 139. ebenso Ruffini a. a. O., S. 8 ff.

[4]) Kappeyne van de Copello, S. 138. Ruffini a. a. O., S. 9 ff.

[5]) Savigny a. a. O., § 40 ff. Kappeyne van de Copello a. a. O., S. 48 ff. Ruhstratt in Iherings Jahrb., S. 152. Ubbelohde a. a. O., S. Ruffini a. a O. Pars. 1 cap. 1 § 4.

[6]) Vgl. bes. v. Bethmann-Hollweg Civilpr. II § 125.

dem Umstande besonders zuzuschreiben, dass er mit der formellen Anzeige des Aebutius auf dem Forum zu Rom die rei vindicatio eingeleitet sieht, woraus weiter folgern würde, dass Caecina im Besitz gewesen sein müsse. Dass aber solche formelle Anzeigen durchaus nicht blos zur Einleitung von Klagen gegeben sind, hat Keller[1]) nachgewiesen. Auch ist nachgewiesen, dass diese Denuntiatio durchaus nicht zwingend auf die rei vindicatio hindeutet[2]).

Die Gründe, welche für Caecinas Besitz sprechen sollen, sind im Einzelnen folgende: Einmal sucht Cicero auf dem Wege des Nachweises, dass Caesennia Eigentümerin und juristische Besitzerin des fundus gewesen sei, zu erreichen, dass man ihrem Haupterben Caecina schon dadurch, dass er sich nach ihrem Tode auf das Grundstück begab und mit dem Pächter abrechnete, den juristischen Besitz pro parte hered. erworben ansehen musste[3]). Um den Pächter zur Abrechnung zu bringen, musste er sich als Haupterben der Verpächterin vorstellen, zugleich musste er damit den Pächter veranlassen, künftig im Namen der Erben zu detinieren[4]). In diesem Fall war er aber selbst als juristischer Besitzer anzusehen. Der Beweis dafür, dass Caesennia Eigentümerin des Grundstücks gewesen sei, ist m. E. nicht von Cicero erbracht. Zum Beweise dieses Eigentums der Caesennia bedurfte es des Nachweises, dass Aebutius das in Rede stehende Grundstück im Auftrage der Caesennia gekauft habe. Durch die von Cicero gegebenen Beweise ist noch nichts dafür erbracht, dass Caesennia den Auftrag an Aebutius erteilt hat.

Gegen diesen Auftrag spricht vielmehr vor allem sehr die Thatsache, dass Cicero nicht einen einzigen Zeugen dafür namhaft machen kann, der die damals nach Ciceros Behauptung allgemein zur Zeit der Versteigerung bestehende Ansicht von dem im Auftrage der Caesennia erfolgten Kaufe des Aebutius bestätigte. Und doch war seit jener Versteigerung noch nicht so viel Zeit verflossen, dass diese Ereignisse noch im Gedächtnisse der Leute sein mussten[5]).

---

[1]) Keller, a. a. O., S. 361—366. Ubbelohde, S. 175.

[2]) Vgl. Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff.

[3]) l. 30 § 5 D. de a. p. 41²

[4]) Ruhstrat in Iherings Jahrb. Bd. 19, S. 134 ff.

[5]) Dadurch wird die von Cicero behauptete Untreue des Aebutius, die (an sich) eine gewisse Wahrscheinlichkeit nach Lage der Sache hatte, hinfällig.

Es bleibt daher nur übrig, Caesennia als Niessbraucherin anzusehen. Da aber der Niessbrauch des Grundstückes mit dem Tode derselben endigte, so konnte der Besuch des Grundstückes durch Caecina nach ihrem Tode nichts mehr bedeuten[1]).

Aber Caecina scheint auf das Fulcinianum nach dem Tode der Caesennia auch schon deshalb nicht mehr gekommen zu sein, da Aebutius ihm jedenfalls nach Lage der Sache keine Zeit hierzu gelassen hat[2]). Aus der Rede pro Caecina lässt sich wohl nur entnehmen, dass Caecina zu Lebzeiten seiner Frau in Geschäften derselben dorthin gegangen sei.

Cicero gründet die Behauptung von Caecinas Besitz ferner darauf, dass er ja gefordert habe, Aebutius solle die deductio[3]) moribus vornehmen, und ihm hierzu von Aquilius Gallus geraten worden sei. Jene Behauptungen und die Berufung auf den bekannten Juristen sind schon aus dem Grunde nicht stichhaltig, weil aus der ganzen Art des Vortrages erhellt, dass es Cicero nur darum zu thun war, die Richter zu blenden.

Mit Recht sagt Ubbelohde[4]), dass ebenso wie die Vornahme der Deductio moribus freier Verständigung der Parteien überlassen war, so auch durch Vereinbarung der Parteien festgestellt wurde, wer deducieren und wer deduciert werden sollte (Cic. pro Tull. 8, 20). Die Deductio fand daher auch gerade dort statt, wo keine Partei das Uti Possidetis wagen wollte, insbesondere aber wurde aus obigen Gründen gar nicht über die Thatsache des bisher geübten Besitzes der Partei entschieden. Auf einen andern Punkt weist Kappeyne[5]) hin. Wenn Caecina den Streit mit dem Interdiktum Uti Possidetis führen wollte, warum ging er nach der ihm seitens des Aebutius ausgesprochenen Weigerung, die Deductio moribus vornehmen zu lassen, nicht eiligst nach Rom, um das sekundäre restitutorium zu fordern und, damit ausgerüstet, den Besitz zu verlangen! Es ist zweifellos nach Cicero, dass der deductio noch keine gerichtliche Verhandlung vorhergegangen war.

---

1) Vgl. Ruhstrat S. 144.

2) ebenso Ruffini a. a. O., S. 9. Ruhstrat a. a. O. S. 152 ff.

3) Cic. pro Caec. 32, 95.

4) a. a. O., S. 178. ebenso Kappeyne a. a. O. Ruhstrat a. a. O. Ruffini a. a. O.

5) a. a. O., S. 135.

Warum suchte Caecina trotz der Weigerung des Aebutius und dessen Drohungen auf das Fulcinianum zu kommen[1])! Verdiente dies nicht Beachtung? Bei diesem Punkte ist Cicero selbst nach einem Auswege verlegen, er kann nur Caecinas eilfertigen, waghalsigen Charakter heranziehen[2]). Die Erklärungen Kappeynes zu Caecinas Vorgehen lassen sich gut hören[3]). Danach hat Caecina nie ernstlich an das Interdikt Uti Possidetis gedacht, vielmehr die Deductio nur gefordert, um sich den Anschein zu geben, als wolle er den Aebutius possessorisch belangen, während er in Wahrheit vielmehr nur von der deductio auf einen für sich günstigen Vergleich oder im Falle des Nichtzustandekommens desselben auf solche bei der Vornahme der deductio sich ereignende Zwischenfälle rechnete, die für ihn nutzbar gemacht werden konnten. Kappeyne sucht den Wandel in der Gesinnung des Aebutius gegenüber der Vornahme der deductio moribus damit in Zusammenhang zu bringen, dass Aebutius erst später auf das hinter dem Verlangen Caecinas sich etwa verbergende Spiel gekommen wäre. Diese Vermutungen dienen wirklich zur Aufklärung des bisher rätselhaften Gebahrens von Aebutius und Caecina. Gegen eine ernstliche Absicht, das Interdikt Uti Possidetis zu ergreifen, spricht auch die Thatsache, dass Cicero über die Haltung seines Miterben Fulcinius, des Freigelassenen, nichts erwähnt, obwohl er ohne ihn einen possessorischen Prozess bezüglich des seiner Ansicht nach zum Nachlass gehörigen Fulcinianum nicht führen konnte.

Die Berufung auf den Rat des Aquilius Gallus, das Interdikt Uti Possidetis zu ergreifen, thut auch nichts zur Sache, da die Juristen auf Grund der ihnen von den Parteien selbst gemachten Angaben respondierten, diese Angaben aber oft unvollständig waren[4]).

Wir gelangen zu der Überzeugung, dass Caecina nicht besass, indem wir bei der Behauptung von Klotz[5]) uns nicht aufhalten, dass Cicero in der letzten Verhandlung nicht alle Beweisgründe für Caecinas Besitz aufgeführt habe, da dies schon früher geschehen sein müsse. Gegen Klotz spricht, dass die Rekapitulation

---

1) Kappeyne, S. 142 ff.
2) Cic. a. a. O., S. 22.
3) Kappeyne a. a. O., S. 136 ff.
4) Kappeyne a. a. O., S. 137. Ubbelohde a. a. O., S. 173.
5) Klotz Cic. Reden, S. 459.

der Gründe in der dritten Rede alle wichtigen Gründe jedenfalls enthält. Wir nehmen mit Ubbelohde[1]) an, dass Caecinas Besitz nicht erweisbar gewesen sei.

In der Frage, ob juristischer Besitz für das Interdictum de vi armata erfordert werde, ist man uneins. Savigny[2]), Ruhstrat[3]) Kappeyne[4]) und Ruffini[5]) fordern juristischen Besitz, Keller[6]) und Ubbelohde[7]) erklären eine gewisse thatsächliche Beziehung der Person zum Grundstück für genügend, aus dem er mit Gewalt vertrieben oder zurückgehalten sei[8]). Wie Ubbelohde näher ausführt, sei dies zur Zeit Ciceros die allgemeine Ansicht gewesen, während später auch für das Interdikt de vi armata juristischer Besitz erfordert worden sei[9]). Keller und Ubbelohde stellen nun die Vermutung auf, dass sogar der Erbe eines Pächters oder Niessbrauchers das Interdikt de vi armata hatte, falls er mit Waffengewalt aus dem Grundstück vertrieben worden sei. Ubbelohde sagt, dass aus dem vom Niessbraucher, der das Niessbrauchsgrundstück wieder verpachtet habe, abgeschlossenen Pachtverhältnis der Anspruch auf Rückgabe des Pachtgutes auf seinen Erben übergehe, dieser auch, da er verpflichtet sei, das Grundstück in ordnungsgemässen Zustande dem Eigentümer herauszugeben, daher rechtlichen Anlass habe, durch Betreten des Grundstücks dessen wirtschaftlichen Zustand festzustellen. Habe man sogar dem Erben des Niessbrauchers das Interdikt gegeben, ehe er zu dem von seinem Erblasser verpachteten Grundstück in ein thatsächliches

---

1) Ubbelohde a. a. O., S. 173.

2) Savigny a. a. O., S. 423.

3) Ruhstrat a. a. O., S. 149.

4) Kappeyne, S. 137.

5) Ruffini a. a. O. S. 17 ff.

6) Keller a. a. O., S. 370 ff.

7) Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff. Unter den älteren Schriftstellern sagt schon Latomus a. a. O., S. 344, 347: vis enim simplex ad possessionem dumtaxat, armata ad quemvis pertinet. Cujaz vol. a. a. O. IV, S. 652 ff. sagt: hoc una est, quod Interdictum de vi armata detur non tantum possessori, qui dejectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat, tunc cum dejectus est, ebenso Donell a. a. O. vol. 15 cap. 31.

8) Keller cap. I § 5, S. 376 ff. Ubbelohde S. 168 ff.

9) Ubbelohde schreibt den gegen Gewalt erlassenen Strafgesetzen den bestimmten Einfluss zu, das Interdict de vi arm. auf den juristischen Besitzer beschränkt zu haben.

Verhältnis getreten war, so habe man es wohl auch dem Eigentümer nicht verweigern dürfen, der an der ersten Besitzergreifung eines irgend wie ihm übereigneten Grundstücks gehindert worden sei.

Wir stellen Keller und Ubbelohde nur die Frage gegenüber, woraus denn Caecina, der nie Detentor gewesen war, vertrieben worden sein soll oder wovon ihn Aebutius gewaltsam abgehalten haben soll? Es ist unvereinbar mit den Worten des Interdikts Unde Vi, dass es auch einer Person zustehen soll, die nie Besitz gehabt hat. Die Worte: „restituas, unde dejecisti" können, wie Piso sagt, nur auf einen vertriebenen Besitzer gehen. Wir fassen das Interdikt de vi armata als ein zur Ergänzung der gewöhnlichen Interdikte zwecks besseren Schutzes der Besitzer geschaffenes Rechtsmittel auf[1]) und gründen dies hauptsächlich auf den Inhalt der Formel. Dejectus ist nur ein vertriebener Besitzer nach dem natürlichen Wortsinn, der dejectus aber ist allein zur Anstellung des Interdikts de vi armata berechtigt. Danach konnte Caecina nur mit den gewöhnlichen Interdikten vorgehen, um den Besitz vom Gegner zu bekommen, Aebutius konnte, ohne dem Interdikt de vi armata zu verfallen, als Besitzer sich im Besitze verteidigen[2]). Einen von uns nicht geteilten Standpunkt hat Cicero. Er sieht im Interdikt de vi armata ein zum Schutze der Gesellschaftsordnung bestimmtes Rechtsmittel, welches jede durch Waffengewalt begangene Eigenmacht mit Verlust des Besitzrechts bestrafen soll[3]). Die Bedeutung des Wortes „Dejectus" schüchtert ihn nicht ein, er verwirft die Berufung hierauf als Haarspalterei[4]). Seine Hauptstütze ist, dass das Interdikt zwischen Caecina und Aebutius sine ulla exceptione

---

[1]) Kappeyne a. a. O., S. 137. Ruffini a. a. O., S. 9 ff. Ruhstrat a. a. O., S. 149 ff. a. A. Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff.

[2]) ebenso Kappeyne a. a. O. 132 ff. Ruffini a. a. O., S. 9 ff.

[3]) Dies sieht, als Anschauung der Ciceronianischen Zeit an Ubbelohde a. a. O., S. 175 ff., ebenso Keller a. a. O., S. 330.

[4]) Er behauptet, dass unter der Voraussetzung „Unde" die Vorfahren sowohl verstanden den Fall, in welchem man ex fundo, wo man sich befand, herausgeworfen sei als auch den Fall, dass man a fundo, worin man eintreten wollte, cap. 31, 32.

erlassen war und von Caecina nicht einmal der Versuch gemacht war, die Waffen zu erheben. Er beruft sich hierbei darauf, dass der mit Waffen angegriffene Besitzer, der ebenso mit Waffen den Kläger abgewehrt hatte, eine vom Prätor in das Interdikt aufzunehmende Formel nötig hatte, sobald er sich auf die gleiche Schuld des letzteren berufen wollte. Nun hatte hier aber Caecina gar keinen Angriff auf Aebutius unternommen, er hatte deshalb auch keine Exceptio erlangen können[1]).

Cicero erwidert ferner auf die Ausführungen Piso's, nach denen nur der vertriebene Besitzer das Interdikt de vi armata habe, unter Berufung auf den Wegfall der Besitzklausel in der Formel „cum possideret[2])“ und verlangt daraufhin, dass dem Aebutius der Beweis seines Besitzes nicht verstattet werde. Wir betrachten durch diese Ausführungen Ciceros die Argumente Pisos nicht als widerlegt. Wir sehen in diesen Äusserungen Pisos, die mit denen Ulpians darin sich decken, dass zum Interdikt de vi armata juristischer Besitz erfordert werde, einen Beweis dafür, dass sich die Anschauungen in dem besprochenen Punkte von der Zeit Ciceros bis auf Ulpian nicht geändert haben[3]).

Wir schlagen auch Cicero mit seinen eigenen Worten. Wäre das Interdikt de vi armata ein Rechtsmittel zur Aufrechterhaltung der Gesellschaftsordnung und der Beschränkung der Selbsthülfe gewesen, so könnte Cicero nicht an einer Stelle mit Bezug auf dieses sagen: „nihil aliud actum esse nisi possessionem per interdictum esse repetitam[4])“ und an einer andern Stelle, wo er das Interdikt mit der Actio injuriarum vergleicht, könnte er ebenfalls nicht sagen, dass er diese nicht angestrengt haben würde, weil mit ihr „jus possessionis non assequitur[5])“. Der ganze Zweck der Anstellung des Interdikts de Vi armata durch Caecina geht nicht etwa auf Bestrafung des Aebutius oder sonst etwas hinaus, sondern allein darauf, den Besitz zu verteidigen. Auch daraus ergiebt sich zusammen mit dem Vorstehenden[6]), dass der Zweck des Interdikts in der

---

1) vgl. Kappeyne a. a. O., S. 137.
2) c. 19, 20.
3) so Kappeyne a. a. O., S. 132 ff. Lenel Ed., S. 371.
4) cap. 3.
5) cap. 12.
6) Ruffini a. a. O., S. 14 ff.

Wiedererlangung des Besitzes für den Kläger, nicht aber in der Abwehr der Selbsthülfe lag. Wir halten daher die Ansicht von Ubbelohde[1]) nicht für richtig, dass zur Zeit Ciceros noch allgemein juristischer Besitz für das Interdikt de vi armata nicht erfordert wurde[2]).

Bei der Hinfälligkeit der Behauptungen und Beweise Ciceros ist die Thatsache als festgestellt anzusehen, dass das Interdikt de vi armata juristischen Besitz erfordert[3]). Was aber für das Interdikt de armata und non armata gilt, gilt auch für das vereinigte Interdikt, wie nachgewiesen ist. Es mag gestattet sein, hier nur noch darauf zur Unterstützung unserer vorhergehenden Beweisführung hinzuweisen, dass die gemeinsame Grundlage der Interdikte, auf der sich der Verschmelzungsprozess aufgebaut hat, auch bei Ulpian sich in dem Heraustreten eines für beide Interdikte gemeinsamen Begriffsmerkmals der „Dejectio" als der „Entfernung eines Possessors" dokumentiert. Schon Keller[4]) ist dies aufgefallen und es hat ihn zu dieser allerdings falschen Ansicht gebracht, dass das I. de Vi armata bereits bei Hadrian die Clausel nicht mehr gehabt habe[5]). Der Dejectio possessoris cum armis und der Dejectio possessoris sine armis ist gemeinsamer Hauptinhalt die Dejectio d. h. Dejectio p o s s e s s o r i s. Das Wesensmoment der Austreibung eines Possessors wurde daher der ganzen Titelrubrik als Rechtsbegriff unterstellt[6]).

Auch diese Ausgestaltung deutet auf die Gemeinsamkeit der Grundlagen des Interdikts hin.

---

[1]) Ubbelohde, S. 175 ff.

[2]) Ein Interdict adipiscendae possessionis war das Interdikt de vi armata nicht, wie dies manche annehmen z. B. Westphal, Hostmann, Observ. lib. VII cap. 6 S. 214, dagegen spricht der ganze Prozess Caecinas, auch die volle Übereinstimmung der Ulpianischen Äusserungen mit denen von Piso. Dies zeigt die Rekonstruktion der Formeln bei Lenel. Lenel ed. perp., S. 371. Ruffini a. a. O. S. 15 ff.

[3]) Ubbelohde, S. 163 nimmt an, dass das Interdictum de vi armata gegen Ende des 7. Jahrh. der Stadt keineswegs allgemein anerkannt war, allerdings seit Mitte des 2ten Jahrh. n. Chr. ausschliesslich dem dejidcierten juristischen Besitzer zustand.

[4]) Keller a. a. O.

[5]) s. oben.

[6]) Ruffini, Pars. I cp. 1 § 1 vgl. hierzu Ubbelohde, S. 157.

Nach diesen Ausführungen ist an dem Festhalten des juristischen Besitzes für das Interdikt Unde Vi nicht zu zweifeln.

Nicht unter das Interdikt fallen die juris quasi possessores; denn eine dejectio de jure wird nicht anerkannt[1]). Eine alleinige Ausnahme bildet das Verhältnis des Usufructuars und Usuars, falls dieselben schon von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben.

Im Namen und Interesse des Besitzers können, abgesehen von besonderem Auftrage, nach 1 1 C. si per vim, vermöge eines mandatum praesumptum alle die klagen, die in seiner Abwesenheit die Sache für ihn detiniert haben[2]).

Alle weiteren Versuche, diese römische Gestaltung des Interdikts Unde Vi zu durchbrechen, sind als misslungen anzusehen. Das Bemühen einer Richtung in der mittelalterlichen Praxis, auf Grund besonders der 1 27 De don. 39,5 und 1 21 de hered. petit. 5,3, 1 1 C. 11, 49 die Aktivlegitimation des Detentors für das Interdikt Unde Vi einzuführen[3]), war nicht von Erfolg[4]). Da die römischen Quellen entgegenstanden, wurde diese Ansicht nie communis opinio[5]) und wurde nicht recipiert. Alle Versuche einer Richtung in der mittelalterlichen Praxis, durch Cumulation von Petitorium und Possessorium die Aktivlegitimation des Unde Vi petitorisch zu gestalten, sind misslungen. Die von Ficker[6]) beigebrachten Rechtsurkunden beweisen, dass das Mittelalter an der Aktivlegitimation des juristischen Besitzers bei dem Unde Vi festhielt. Die deutsche Praxis seit der Reception hat das Unde Vi stets in dieser Beziehung in rein römischer Gestalt aufgefasst.

---

[1]) 1 1 C. si per vim, Bruns, Recht des Besitzes, S. 62.

[2]) Bruns a. a. O.

[3]) Roffred Tr. ord. jud. lib. VIII. de 1 7 C. de vi n. 22 u. a. gl. „facile“ zu 1 16 cit. Roffredus Comment. ad 1 7 C. de vi n. 17.

[4]) Bruns Recht des Besitzes, S. 115. Ruffini a. a. O., S. 283 ff. Mit Recht hebt Ruffini hervor, dass diese Versuche in den Zeiten der schwierigsten gesellschaftlichen Zustände dem Bedürfnis nach ausreichendem Schutz gegen Gewaltthaten entsprangen.

[5]) Bruns a. a. O., S. 113 ff. Ruffini a. a. O., S. 283 ff. Mit Recht hebt Ruffini auch dort hervor, dass damals die Zeit zur Ausgestaltung der Rechtsmittel noch nicht gekommen war.

[6]) Ficker a. a. O. n. 192, S. 233.

Cap. III. Die Klageberechtigung bei der actio spolii.

Eine Erweiterung der Aktivlegitimation hat die gemeinrechtliche Restitutionsklage durch das kanonische Recht [1]) und die moderne Praxis erfahren. Durch die letztere ist auch der Detentor im eigenen Interesse für aktiv legitimiert erklärt [2]).

Als Quelle hinsichtlich der Beantwortung der Frage der Aktivlegitimation müsste hier zunächst das Canon Redintegranda in Betracht kommen. Wir können ihm jedoch keinen Einfluss auf unsere Frage einräumen. Nach der geschichtlichen Ausführung stellt das Canon Redintegranda in der Pseudo-Isidorischen und Gratianischen Gestalt kein possessorisches Klagerecht, sondern überhaupt nur eine politische Massregel, ein prozessualisches Institut dar [3]). Die Ausgestaltung zur Klage erfolgt, wie im geschichtlichen Teil bewiesen ist [4]), erst später. U. E. ist das Canon Redintegranda eine prozessualische, den Bischöfen gegebene Garantie, die Wiedererlangung der geraubten Sache ist hier eine nebensächliche Erscheinung [5]). Bruns sieht in dem von Pseudo Isidor aufgestellten Mittel ein possessorisches Klagerecht neben der wahren exceptio.

Seine Beweisführung zeigt uns die Unhaltbarkeit dieser Ansicht. Er muss anormal verfahren und, wie es bei einer Untersuchung über den possessorischen Charakter einer Klage nicht vorkommt und nicht vorkommen darf, seine Betrachtung nach einer subjektiven und objektiven Seite zu gestalten bezw. spalten.

Er untersucht zunächst in subjetiver Hinsicht, ob der Bischof wirklich de jure legitimer Bischof sein muss, um sich auf den Canon Redintegranda stützen zu können, oder ob es genügt, dass er im Besitze der bischöflichen Würde ist.

---

1) Bruns Recht des Besitzes, S. 331 ff.

2) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 734 § 162 a. d. E. u. n. 7 b und dort Citierte. Bruns Besitzklagen, S. 226 ff. u. dort Citierte. Stobbe § 77, 6 a (3. Aufl. Lehmann II 1 § 91, 6 a; Bähr, Urt. des R.G., S. 38 ff.

3) Ruffini a. a. O., S. 207 ff.

4) Vgl., S. 12 dieser Arbeit.

5) ebenso Ruffini a. a. O., 207 ff., anders Bruns Recht des Besitzes S. 149 ff.

Die andere Untersuchung geht dahin, in objektiver Beziehung zu erforschen, ob der Bischof nur Sachen, die er besessen hat, verlangen könne.

Die erste Frage glaubt Bruns trotz des Bedenkens, dass ein illegitimer Bischof gar kein Bischof sei, man daher eigentlich den Beweis der canonica institutio fordern müsste, doch im Hinblick auf die Zwecke Pseudo Isidors und deren Vereitelung durch strenge Beweiserfordernisse, damit beantworten zu können, dass nur Besitz des Episkopats erfordert sei.

Die zweite Frage beantwortet er aus gleichem Beweggrunde trotz der öfteren Ausdrücke: „sedes suae etc.“ bei Pseudo Isidor doch ebenfalls im extensiven Sinne dahin, dass alles im juristischen Besitz befindliche Vermögen gemeint werde.

Wir wollen die vorstehenden Resultate von Bruns in Rücksicht auf unseren, die possessorische Natur und überhaupt die Annahme einer Restitutionsklage hier ablehnenden Standpunkt, keiner grossen Betrachtung unterziehen. Nur soviel mag gesagt sein, dass auf die so unbestimmt gehaltenen Ausdrücke des Canon Redintegranda nicht Wert gelegt werden kann. Es muss daher dahin gestellt bleiben, ob die erste Frage im Sinne von Bruns zu beantworten ist, oder ob man mit Ruffini[1]) hier einen Fall der possessio colorata annimmt. Die Zwecke Pseudo Isidors sprechen für die Richtigkeit der Ansicht von Bruns, die auf die Zeitverhältnisse gegründeten Bedenken Ruffinis für diesen. Es mag richtig sein, dass damals Bischöfe mit dem äusseren Anschein der Legalität instituiert wurden, sodass die possessio colorata von Pseudo Isidor verlangt wurde. Die zweite Frage dürfte wohl im Bruns'schen Sinne zu behandeln sein.

Doch unserer Auffassung nach kommt es auf diese Fragen nicht an, da das Canon Redintegranda nur eine prozessuale Garantie, kein Rechtsmittel ist[2]). Wir stützen diese Ansicht noch dadurch, dass man trotz des Canons Redintegranda damals die possessorischen römischen Klagen in possessorischen Fragen anwandte. Ferner stellt die Abhängigkeit des Pseudo Isidorischen Hülfsmittels von dem zufälligen Umstande einer Kriminalanklage

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 292 ff.
[2]) s. S. 7 ff.

die Natur derselben in das richtige Licht. Es handelt sich bei Pseudo Isidor nur um den Schutz des Spoliaten als Angeklagten; von dem Gedanken des Possessoriums ist das Institut eben so weit entfernt wie überhaupt von dem Gedanken, ein Rechtsmittel des materiellen Rechtes darzustellen. Die Beschränkung auf Bischöfe zeigt mit den obigen Umständen zusammengenommen deutlich, dass wir es nur mit einer politischen Massregel bei Pseudo Isidor wie Gratian zu thun haben. Unter welchen Verhältnissen der Eintritt in das allgemeine bürgerliche Recht erfolgte, ist bereits früher besprochen [1]), hier haben wir es nur mit den juristischen Consequenzen zu thun, die uns zur Versagung des Einflusses jenes Canons auf die Aktivlegitimation der Spolienklage bringen. Wir sehen uns daher im kanonischen Recht weiter um.

Die Glosse zum Decret beschränkt die cond. ex can. auf den juristischen Besitzer, dehnt sie aber schon auf Fälle aus, in denen jemand im Namen eines andern besitzt.

An letzterem halten Goffred [2]) und Durantis [3]) fest, die erneuernd und vervielfältigend zahlreiche Ausnahmen der Glosse hinzufügen. Derselbe Durantis giebt an einem Orte die cond. ex can. dem Depositar und Commodatar, ebenso Joh. de Deo [4]), Joh. Andrea [5]), Butrio [6]).

Ancharanus [7]) verweigert es unter Rücksicht auf l 7 C.

Die Tendenz der Praxis zur Ausdehnung der Aktivlegitimation auf den Detentor war unwiderstehlich, dies folgt aus Joh. Ant. de Georgio [8]):

„. . . sed aliquo actu possessionis vel detentationis pronuntiant restituendo taliter agentem.“

---

[1]) Vgl. S. 10,18 dieser Arbeit.

[2]) Goffred, Summa fol. 86.

[3]) Durantis, Specul. judic. lib. VI part. 1 De petit. et possess spol. fol. 87. Wie Goffred: Hostiensis, Summa aurea lib. II De rest. spol. fol. 108, s. Ruffini a. a. O. S. 355.

[4]) Joh. de Deo, Cavillationes IV 6 n. 52.

[5]) Andreae Addict. ad Durant. Speculum tit. de rest spol.

[6]) Butrio, Comment. de rest. spol. c. 18 f. 140.

[7]) Ancharanus, Comm. fol. 176. Berl. 1581. Bruns, R. des Besitzes 231 ff. 271. Ruffini S. 356.

[8]) Joh. Ant. de Georgio, Comment. super Decretorum vol. c 3 C. III qu. I fol. 123—125. Ruff. a. a. O., S. 356.

„ . . . . . . Ex quo inferri potest generaliter, quod etiam non habenti dominium nec possessionem, sed meram detentationem competit hoc remedium.“

Er verallgemeinert, indem er vom Besitzesschutz des Depositars und Commodatars ausgeht, spricht er ihn dem Detentor an sich zu.

Pontanus[1]) giebt dem Detentor die Condictio ex can.; Menochius[2]) nicht. Auf dem Standpunkt, die cond. auch dem Detentor zu geben, stehen die meisten italienischen Statuten z. B. von Cremona[3]), Acqui[4]) etc.

Die Ausdehnung auf die Detention ist also in Italien fast allgemein angenommen, wenn auch gegen den Widerspruch einzelner weniger, hierzu hat die auf der Ansicht des Durantis stehende Meinung der Rota viel beigetragen[5]). Die deutsche Praxis hat bis in das 18. Jahrh. die Klage ebenfalls dem Detentor verstattet. Mit Savigny erfolgt der Rückschlag, Theorie[6]) und teilweise auch die Praxis[7]) kehren zum Erfordernis des juristischen Besitzes zurück[8]). (So Entscheidungen des O.A.G. Celle 1842, Darmstadt 1849, Rostock 1865, Lübeck 1871).

Savigny[9]) und seine Nachfolger verweigern im Verfolg ihrer Lehre, dass der Besitzschutz den animus domini erfordere, den Detentoren, insbesondere Pächtern und Mietern, den Besitzesschutz, der Standpunkt Savignys zur Spolienklage selbst ist bereits oben besprochen[10]). Jedoch erkannte man mit der Zeit gegenüber der Lehre Savignys, dass die Frage des selbständigen Besitzesschutzes zu allen Zeiten eine mehr soziale und wirtschaftliche als eine logische uud dialektische sei[11]).

---

1) Pontanus, De Spolio (Tractatus Univ. jur. t. XIV fol. 270) lib. I n. 126.

2) Menoch, De recup. poss. Remed. XV n. 50—52.

3) Ruffini, S. 432.

4) Ruff., S. 432. Wie diese Statuten auch Costa, Tract. de Remed. subsid. Rem. 49 fol. 149.

5) Bruns, Recht des Bes., S. 231. Menoch., XV n. 49—54.

6) Savigny § 40, S. 393, 417—18. Schweppe § 560. Schilling, Lehrb. der Inst. § 144. v. Wenig-Ingenheim II § 299.

7) S. A. I 225; 26, 11; 22, 147.

8) Bruns, Besitz, S. 393, 417—8.

9) Savigny a. a. O., S. 424 ff.

10) s. S. 15.

11) Fischer, Soll Kauf Miete brechen? S. 31 ebenso Ruffini a. a. O., S. 66 cap. IV § 1. Dernburg a. a. O., vgl. R. Leonhard, Studien Heft 1 S. 30 ff.

In dieser Erkenntnis schlug ein Teil der Praxis einen zuerst vom Cassationshof zu Wolffenbüttel im Jahre 1859 betretenen Mittelweg ein. Man gewährte den Detentoren im eigenen Interesse, also dem Leiher, Mieter, Pächter, procurator in rem suam und dem Retentionsberechtigten possessorischen Schutz [1]). Dieser Ansicht folgte auch das Reichsgericht [2]).

Man kann nicht leugnen, dass diese veränderte Rechtsanschauung im Zusammenhange mit den modernen Rechtsgedanken steht, auf welche freilich überkommene Anschauungen des deutschen Rechts befruchtend einwirken mochten [3]).

Die deutschen Begriffe vom Besitz, denen der Gedanke der Gewere zu Grunde liegt, unterscheiden sich von der römischen possessio wesentlich. Das deutsche Recht macht bezüglich der Gewere einen Unterschied zwischen Liegenschaften und Fahrnis [4]). Für jene ist das Brauchen, für diese das Haben das Kennzeichen der Gewere, und es ist daher dort die wirtschaftliche Nutzung, hier der Gewahrsam entscheidend [5]).

Auf dem Gebiete des Mobiliarschutzes wie des Immobiliarschutzes ist für das deutsche Recht die Streitfrage bestehen geblieben, inwieweit dasselbe eine Klageberechtigung auch der Detentoren anerkannt habe.

Gierke [6]) sieht durch jede auf selbständige Rechtsausübung gerichtete Sachherrschaft eine Gewere als begründet an, Bruns [7]) scheidet hinsichtlich dieser Frage scharf zwischen Mobilien und Immobilien. Bezüglich der ersteren giebt er seine frühere Ansicht auf, dass die Detentoren zu eigenem Interesse klageberechtigt gewesen seien, und stellt nur als Kriterium hin, dass die Gewere durch freiwillige Hingabe einer Sache zur Detention verschafft werde.

Inwieweit aber Detention und Gewere zusammenfallen, giebt er nicht näher an.

---

[1]) Fischer a. a. O., S. 68 u. die dort Citierten. S. A. 12^{169}, 15^{28}, 17^{245}, 40^{96} a E. 42^{99}, 24^{212}, 37^{290}, 47^{185}, 51^{76}.

[2]) R.G. 5^{42}, 30^{42}, 33^{101}.

[3]) Fischer a. a. O., S. 68.

[4]) Bruns Besitzklagen, S. 227.

[5]) Bruns a. a. O., S. 227.

[6]) Gierke, Fischers Abhandlungen Heft 4, S. 5.

[7]) Bruns Besitzklagen, S. 228 ff.

Hinsichtlich der Immobilien scheidet er den Verwalter, den Vormund und den Mieter aus der Reihe der Klageberechtigten aus.

Der Streit ist durch Widersprüche unter den Quellen hervorgerufen, diese Widersprüche fallen aber fort, sobald man diejenigen Quellen ausscheidet, welche durch ihre stark romanistische Färbung keinen Anspruch mehr auf Darstellung des reinen deutschen Rechtes haben[1]). Lässt man insbesondere das durch romanistische Anschauungen gefärbte Brünner Schöffenbuch ausser Betracht, so ergiebt sich ein einheitliches Gesamtbild hinsichtlich des Standes der Quellen[2]). Vor allem darf man nicht mehr die Gewere des Pächters bestreiten[3]). Dies ergiebt sich als zweifellos sowohl aus Quellenbelegen (Beaumanoir, les coutûmes de Beauvoisis 34_{13} als auch insbesondere daraus, dass der allgemeine Grundsatz: „de it in nut unde in gelde“ hier zutrifft[4]).

Gleiche Grundsätze müssen aber auch für den Mieter einer unbeweglichen Sache in Betracht kommen[5]). Das hier den Gegenstandpunkt vertretende Brünner Schöffenbuch ist aus dem oben angeführten Grunde als nicht massgebend abzulehnen. Wenn wirklich einzelne Quellen in dieser Beziehung zweifeln, so ist dies nur der geringen Bedeutung zuzuschreiben, die sie der Miete geben. Nach dieser Untersuchung dürften wir den Standpunkt Gierkes für uns annehmen, da es auch nachweisbar ist, dass die Gewere auch der Verwahrer einer beweglichen Sache hat[6]), während ebenso zweifellos unselbständige Inhaber z. B. Verwalter der Gewere darben[7])[8]).

---

1) Fischer a. a. O. S. 46 ff.

2) Fischer a. a. O. S. 47.

3) v. Brünneck, Ztschrft. f. R.G. XIV 151 ff. Heusler, Inst. II § 82. Stobbe D.Pr.R. II 17 A. 25; unrichtig Planck I 584. Lehmann-Stobbe II 204 a 40.

4) Fischer a. a. O., S. 47.

5) Fischer a. a. O., S. 47. Huber, S. 24 A. 51. 29 A. 63. unrichtig: Stobbe a. a. O., S. 16. Heusler Gewere, S. 119.

6) Gierke a. a. O., S. 5 n. 9 72 n. 50, 51.

7) Gierke a. a. O., S. 5 n. 9 u. Text.

8) Verwalter einer Liegenschaft hat keine Gewere nach Sachsensp. Lehn-R. ab. 2 § 1, der in häuslicher Abhängigkeit bewegliche Sachen verwaltende Hausgenosse nach Sachsensp. III. vgl. Heusler a. a. O., S. 146, 161. Huber a. a. O., S. 25 ff.

Was nun die Natur der deutschrechtlichen Klagen anbetrifft, so müssen wir zunächst bezüglich der Mobiliarklage die Ansicht von Bruns [1]) teilen, dass diese gegen jede materiellwiderrechtliche Aneignung der Sache sich richtet. Die Ausbildung der deutschen Mobilienklage über die Gestaltung des römischen Mobiliarbesitzschutzes konnte wohl das Bedürfnis nach einer Klageberechtigung auch der Detentoren wachrufen. In einer wichtigen Beziehung steht jedoch die deutsche Mobilienklage dem römischen Recht fremd gegenüber; es hat bei ihr nämlich die Einrede des Eigentums statt. Dies ist wohl gegenüber Laband [2]) mit Bruns [3]) anzunehmen. Dadurch aber wurde es unmöglich, die Klage, welche diese Einrede nicht ohne Veränderung ihres Wesens aufgeben konnte, in das römische Besitzklagensystem einzureihen.

Bezüglich der Immobilien ist bereits die Klageberechtigung der Mieter, Pächter etc. für das deutsche Recht oben nachgewiesen.

Diese Untersuchung kann daher nur bestätigen, dass die moderne Klageberechtigung der Detentoren ausser in den seit der Römerzeit gänzlich veränderten sozialen Verhältnissen auch in den aus dem deutschen Recht her bestehenden Anschauungen ihre Quelle hat.

Gerade hierfür ist die Verschiebung der sozialen Stellung von Pächtern und Mietern, denen das deutsche Recht bereits Klageberechtigung verlieh, ein guter Beweis.

Es handelt sich nun darum, wie dieser modernen Rechtsbildung die theorethische Grundlage zu geben ist. Offenbar lässt sich diese Erweiterung nur schwer unter den Begriff der römischen corporis possessio einreihen [4]). Eine Übertragung des Besitzschutzes auf die Detention erscheint unmöglich; denn die Detention ist der allgemeine Begriff, der den Besitz mit animus domini

---

[1]) Bruns, Besitzklagen, S. 238 ff.

[2]) Laband, die vermögensrechtlichen Klagen der sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, S. 112 ff.

[3]) Bruns ist darin zuzustimmen, dass Laband das Klagefundament zu abstract formuliert. Laband stellt das Klagefundament auf alle Sachen, die „dem Kläger wider seinen Willen abhanden gekommen sind." Die Verteidigung, sagt dann Laband, S. 119 weiter, könne nur „in einer motivierten Verneinung des Klagefundaments bestehen." Dies ist für ein Volksrecht zu abstrakt.

[4]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 240.

unter sich fasst. Wenn daher der Detentor schon als solcher geschützt wird, so kommt auf seinen Besitz nichts an, folglich wird dann eigentlich im Besitz nur die Detention geschützt, womit der Schutz des Besitzes als solchen aufhört[1][2].

Endlich ist auch wenigstens für das gemeine Recht die Auffassung Böckings[3] unannehmbar, welche an die Stelle des animus domini einen allgemeinen animus rem sibi habendi setzt, da hier die scharfe Scheidung zwischen Niessbrauch als Quasibesitz und Miete als Detention der Zusammenfassung unter einen Begriff hindernd im Wege steht. Der einzig mögliche Weg ist daher nur, die Detention im eigenen Interesse mit Bruns aufzufassen unter dem Gesichtspunkte des Quasibesitzes mittels der Analogie von Niessbrauch. Der Besitzesschutz des Mieters ist kein Schutz seines Sachbesitzes, sondern des Quasibesitzes seines Rechts. Die Annahme eines Quasibesitzes bei der Miete war nach römischen Recht unmöglich. Hier ging der animus des Mieters nur darauf, dass der Vermieter ihn Dritten gegenüber im Besitze der Sachen schütze, das gemeine Recht hat aus den Rechtsinstituten der Miete und Pacht unter der Einwirkung anders gearteter socialer Verhältnisse anders geartete Institute gemacht[4]. Es hat denselben in gewissen Beziehungen einen quasidinglichen Charakter gegeben[5] und deshalb musste auch der Mieter und Pächter Dritten wie dem Vermieter gegenüber possessorischen Schutz erhalten.

Die vorstehende Entwicklung des Besitzesschutzes widerlegt selbst die schon erwähnte Delbrücksche Theorie, welche entgegen der heutigen, eben vorgetragenen Ansicht von der Spolienklage diese dem Gebiete des Besitzes entziehen und das Interdikt Unde Vi allein als rekuperatorisches Besitzmittel behandelt wissen will.

Diese Ansicht bedeutet, hier vom Gesichtspunkte der Besitzklageberechtigung aus betrachtet, eine Rückschrittsbewegung auf

---

[1]) Auch eine vom abgeleiteten Besitz ausgehende Analogie bildet für die Erklärung des neuen Besitzesschutzes keine Handhabe, zumal der Begriff des abgeleiteten Besitzes selbst nur als Notbehelf zu betrachten ist u. einer juristischen Construction widerstrebt.

[2]) Bruns a. a. O., S. 241.

[3]) A.L.R. I 7 § 1—7 hat den animus rem sibi habendi.

[4]) Fischer a. a. O., S 31.

[5]) Fischer a. a. O.

dem Gebiete des Besitzesschutzes, mag sie auch im System der petitorischen Klagen eine Bereicherung des Rechtsschatzes bedeuten wollen. Die Einschränkung des Kreises der Besitzklagenberechtigten durch Ziebarth[1]) insbesondere, der das Interdictum Unde Vi hierin ebenso wie in allen andern Fragen für massgebend ansieht, ist wohl mit ein Grund für die ablehnende Haltung[2]), welche die gesamte Praxis der ganzen Delbrück-Ziebarth'schen Theorie gegenüber bewiesen hat. Eine in der Volksüberzeugung, wie wir sahen, wurzelnde Auffassung, dass auch die Detentoren zu eigenem Interesse Besitzschutz verdienten, lässt sich nicht durch eine Belehrung darüber beseitigen, dass die moderne Praxis in dieser Beziehung einen irrigen Weg eingeschlagen habe und man sie nunmehr auf den richtigen, längst verlassenen Weg wieder zurückführen müsse. Gerade diese Teilnahmslosigkeit der Praxis und Theorie gegenüber Delbrück beweist uns, dass tiefere Quellen, die in der Volksüberzeugung zu finden sind, sie auf dem seit 150 Jahren beschrittenen Wege zurück zu halten.

Aber auch an der Richtigkeit dieser Delbrück'-Ziehbarth'schen Belehrung ist zu zweifeln. Wir beschäftigen uns hier mit der Widerlegung nur insoweit, als behauptet wird, dass das Vorbringen des Titels bei der Rekuperationsklage im Mittelalter verstattet und dadurch im Zusammenhang mit andern Umständen die Klage zu einer petitorischen gestaltet worden sei. Diese anderen Umstände sind bereits von uns teilweise besprochen worden, im übrigen sollen sie noch besprochen werden.

Die mittelalterlichen Quellen zeigen allerdings, dass auch der Titel in die Frage des Possessoriums hereingezogen worden ist. Jedoch ist man nie zur Einigkeit darüber gelangt, inwieweit auf Seiten des Klägers das Erfordernis des Titels oder der bona fides aufzustellen sei[3]), wie selbst Ziebarth[4]) zugiebt. Ausserdem aber zeigen die Quellen ein Eingehen auf den Titel bezw. das Petitorium, welches durchaus nicht allgemein angenommen ist, nur bei

---

[1]) Ziebarth a. a. O., S. 288 ff.

[2]) Vgl. die Aufzählung der Gegner Delbrücks, S. 16 dieser Arbeit.

[3]) Bruns, Besitzklagen, S. 222.

[4]) Ziebarth a. a. O., S. 291 spricht von dem Bilde traurigster Ratlosigkeit, das die Geschichte der Klage bilde.

bestimmten Arten von Fällen oder aus bestimmten Gründen[1]). Die Frage des Titels wird zunächst aufgeworfen, wo es sich um Rechtsbegriffe handelt, bei denen es begrifflich unmöglich schien, von der Beurteilung der thatsächen Ausübung des betreffenden Rechts die Frage des Titels bezw. des Eigentums zu trennen[2]). Hier kamen eine Reihe von Specialbegriffen des kanonischen Rechts, die untituliert nicht zu existieren schienen, in Betracht. Besonders ist die Materie der Beneficien und Patronatsrechte diesbezüglich in den Quellen genannt[3]). Ausserdem aber brachte man den Titel auch dort zur Geltung, wo Hoheitsrechte in die Besitzfrage hineinspielten[4]).

Das Hereinziehen des Titels gerade bei diesen dem Rechtsleben des Mittelalters die Entstehung verdankenden Rechtsbegriffen beweist uns, dass es mit diesen eine besondere Bewandtnis hatte. Uns erscheint es deshalb unmöglich bei dieser Sachlage, die Zulassung des Titels mit dem Fortbestehen der dinglichen Klage des deutschen Rechts in Beziehung zu bringen, weil die Zulassung des Petitoriums bei diesen Specialbegriffen nicht unter allgemeinen Gesichtspunkten aufgefasst werden konnte.

Das über die Entstehungsgeschichte der Spolienklage im geschichtlichen Teile Gesagte wird hier zugleich beachtet werden müssen. — Es findet sich in den Quellen allerdings auch ein Eingehen auf das Petitorium in Fällen, wo es sich nicht um Specialbegriffe wie die oben genannten dreht. Aber auch hier lassen sich in den Quellen besondere Umstände für ihre Haltung entdecken, oft tritt der Gedanke hervor, mehrere Urteile und insbesondere im petitorischen Verfahren abweichende Urteile zu vermeiden. Die Organisation der mittelalterlichen Gerichtsbarkeit, das Bestehen einer grossen Anzahl von Gerichtsbarkeiten verschiedenster Art nebeneinander hat sicherlich diese Entwickelung mit beeinflusst[5]).

Dies alles aber zeigt uns, dass man nicht in der durch Zwecke verschiedener Art hervorgerufenen Hereinziehung des Pe-

---

[1]) Vgl. Meischeider a. a. O., S. 172 ff.

[2]) Anders als hier Meischeider, S. 173 ff. Ruff. a. a. O., S. 281 ff wie hier.

[3]) Ruffini a. a. O., 281 ff.

[4]) Vgl. Meischeider a. a. O., S. 174 ff.

[5]) Ruffini a. a. O. 81 ff.

titoriums in bestimmten Fällen ein allgemein gültiges Prinzip erblicken kann.

Oft findet sich in den Quellen die sog. possessio colorata erwähnt, welche ein Justifizieren des Titels, das heisst ein Wahrscheinlichmachen desselben bedeutet[1]).

Geminianus wie Bellamera[2]) u. a. geben hierüber Aufschluss.

Das Resultat dieser Betrachtung ist der Theorie Delbrücks ungünstig. Wir halten auf Grund unsererer Darstellung für festgestellt, dass es niemals communis opinio war, petitorische Elemente, insbesondere das Erfordernis des Titels oder der bona fida auf Seiten des Klägers aufzunehmen[3]), und dass schon aus diesem Grunde alle von Delbrück und Ziebarth für das heutige Rechtsleben in Bezug auf die Gestaltung des Kreises der klageberechtigten Personen gezogenen Schlussfolgerungen unannehmbar sind, wie wir auch an andern Stellen nachweisen werden. Wir halten aber noch andererseits für erwiesen, dass die Aufnahme petitorischer Elemente, insbesondere derjenigen des Titels oder der bona fides auf Seiten des Klägers, nicht in Zusammenhang mit der dinglichen Klage des deutschen Rechts gebracht werden kann, sondern dass zeitliche Umstände verschiedener Art hierzu nötigten, petitorische Elemente aufzunehmen. Die für ein abschliessendes Urteil über die Delbrücksche Theorie nötigen Ergänzungen des hier Vorgetragenen werden bei der Darstellung der Einreden, des Klagegrundes und der Passivlegitimation gegeben werden.

Was noch die Interpretation des c. 18 durch Ziebarth[4]) betrifft, so bedarf es nach den Ausführungen S. 27 ff. keiner Worte mehr dafür, dass es eine völlige Willkür darstellt, für das c. saepe aus seiner induktiven Theorie heraus, das Erfordernis der bona fides unterzulegen. Selbst Delbrück[5]) wehrt dies Resultat ab, Bruns[6]) aber bezeichnet mit Recht dies Vorgehen als eine Handlungsweise, bei der die Kritik aufhört.

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 174, 175.

[2]) Bellamera, op. cit. Concl. CXCIX p. 32, Menochius De remed retin. poss. III n. 73.

[3]) Bruns, Besitzklagen S. 222. Ruffini S. 283.

[4]) Ziebarth, Realexekution u. Oblig., S. 278.

[5]) Delbrück, Nachträge, S. 131.

[6]) Bruns, Besitzkl., 219 ff.

Zweiter Abschnitt.

Klagegrund.

Cap. I. Klagegrund des Interdikts Unde Vi.

Wir gehen jetzt zu der Betrachtung des Klagegrundes der gemeinrechtlichen Restitutionsklage über.

Wir stellen zunächst den gesetzlichen Standpunkt des römischen Rechts fest und untersuchen erst darauf, inwieweit das kanonische Recht und die moderne Praxis Modifikationen über das römische Recht hinaus getroffen haben.

Zum Interdictum Unde Vi ist Besitzentziehung durch vis atrox erforderlich.

Nach l 1 § 3 D h. t.[1]) ist die Grundlage des Interdikts Entziehung des Besitzes durch Gewalt wider den Willen des Besitzers.

Darin liegt ausgesprochen, dass der Vertriebene bis zur Dejectionshandlung im Besitze gewesen sein muss und dass er durch diese den Besitz verloren hat.

Eine Ausnahme von dieser Regel giebt l 11 C. h. t., nach welcher der Occupant einer vacua possessio dem Dejicienten gleich gestellt ist.

Uns interessiert hier das Erfordernis der vis atrox. Es bezeichnet nicht eine besonders grobe Gewaltthätigkeit, sondern steht nur im Gegensatz zu der bei den Interdikten retinendae vorkommenden Art von vis[2]), die Gewalt muss den Verlust des Besitzes bewirken, nicht notwendig aber ist es, dass die Absicht des Vertreibenden schon von Anfang an auf die Dejection hinzielte[3]). — Die Quellen nennen in l 1 § 28 de vi et de vi, l 1 § 46,47 cit., l 1 § 24 cit., l 12 l 18 cit., l 1 § 24 verschiedene

---

1) l 1 § 3 D. h. t: Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur.

2) Windscheid, Pand. I § 160, a 5.

3) Urteil des O.A.G. Darmstadt v. 6. VI. 1871 in S.A. 26 No. 10:

Fälle von vis atrox. Nach ihnen muss sie fähig sein, einen homo constantissimus zu überwinden, wie wir aus der Analogie mit der actio quod metus causa entnehmen können[1]). — Zweifellos hat Streit darüber bestanden, ob eine vis atrox auch dann anzunehmen sei, wenn der Besitzer, ohne unmittelbare Thätlichkeiten gegen seine Person abzuwarten, die Flucht vorzog. Labeo fordert nach dem Zeugnis des Pomponius vis corporalis, nach einem 2ten Bericht des Pomponius nimmt er die vis schon als begründet an, wenn der Besitzer metu turbae perterritus geflohen war, womit Pomponius nicht einverstanden war. Letzterer Ansicht scheint Julian zugestimmt zu haben[2]), der nicht einmal Besitznahme für nötig hielt. Savigny[3]) sieht in diesen Stellen keine Controverse der Juristen, die 1 1 § 29 de vi erklärt er durch die Annahme einer unbestimmten Äusserung des Pomponius, die Labeo berichtigt habe, die 1 9 q. m. c. beweise die Übereinstimmung der Juristen. Windscheid[4]) hält sich an die freiere Ansicht Julians, er sagt, es genüge, dass die physischen Kräfte zwecks Verdrängung des Besitzers entfaltet seien. Er bemerkt jedoch unter Bezug auf 1 1 § 29 de vi und 1 9 q. m. c., dass der aufgestellte Satz nicht von jeher in diesem Umfang gegolten habe. Sehr künstlich und wenig gelungen ist ein Vereinigungsversuch von Meischeider[5]). Er bezeichnet die „vis corporalis" „als eine Gewalt," bei der die Absicht dahin geht, dass Körper gegen Körper zu stehen kommt, wenn es der Gegner darauf ankommen lassen will." Offenbar ist es nicht anzunehmen, dass ein rein geistiger Vorgang durch einen „ganz körperhaften Ausdruck" von den römischen Juristen wiedergegeben wurde[6]).

Wir entscheiden uns für die von Ulpian in 1 1 § 29 am Ende, 1 3 §§ 6, 7 h. t. vertretene Ansicht, da sie an der sedes materiae angeführt, nicht blos beiläufig erwähnt ist[7]), diese allein

---

1) 1 6 q. m. c.

2) 1 9 per cit. 1 1 § 29 D. 43 16. 1 33 § 2 de usurp.

3) 1 33 § 6 1 9 q. m. c. Savigny, Besitz., S. 346. 428. Ubbelohde a. a. O. erklärt die 1 1 § 29 für interpoliert.

4) Windscheid I § 162 A. 6.

5) Meischeider a. a. O., S. 456.

6) Kniep, vacua possessio. S. 54.

7) Vangerow, Pand. I § 207 A. 2.

ist von Justinian recipiert. Ulpian fordert ausser der Flucht des Besitzers noch die Besitzergreifung durch den Vertreibenden, er steht daher auf einem vermittelnden Standpunkte.

Diese wohlmeinende Auffassung besteht aber nur gegenüber dem Besitzer, der sich der drohenden Gewaltthätigkeit durch die Flucht entzieht. Es ist daher unrichtig, diese singuläre Bestimmung in dieser Weise zu verallgemeinern, dass eine begründete Furcht vor Gewaltthätigkeiten an die Stelle der vis treten dürfe. Man will z. B. diesen Grundsatz auf die Fälle der heimlichen Okkupation eines Grundstückes[1]) anwenden und den Besitzer des durch Okkupation verlorenen Grundstückes von einem Vertreibungsversuch gegen den Dejicienten befreien, sobald er Grund hat, gewaltsame Dejektion zu fürchten. Hierbei stellte man sehr mit Unrecht das gleichgültige Verhalten des bisherigen Besitzers gegenüber der heimlichen Okkupation nach deren Kenntnisnahme der Flucht des Besitzers infolge begründeter Furcht vor Gewalt gleich. Das römische Recht verlangt hier aber einen Vertreibungsversuch, da der Causalnex zwischen Furcht und Gefahr nicht offen liegt.

Der eigentlichen Dejection ist die Prohibition gleichgestellt[2]), d. h. die dem abwesenden Besitzer mittelst Anwendung von vis atrox benommene Möglichkeit, in sein Grundstück zurückzukehren.

Jn der Person des Prohibitus ist das Erfordernis des Besitzes im Augenblick der Prohibition noch vorhanden, denn

„ademesti ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non copore[3])“.

Der Prohibitus gilt daher als vi dejectus.

Praktische Erwägungen zwingen dazu, dem Besitze der Abwesenden gewisse zeitliche Beschränkungen aufzuerlegen. Erhält der bisherige Besitzer Kenntnis von der Okkupation, so geht er des Besitzes, dem Ausspruch Papinians gemäss[4]), erst von

---

[1]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 70. Savigny a. a. O., S. 350.

[2]) 13 § 8 D h. t. 43 16 1 12 u. 1 18 D eod. 1 1 § 47 D eod.

[3]) 1 1 § 24 D h. t.

[4]) 1 44 § 2 1 46 D d. e. a. v. a. saltus hibernos et aestivos quorum possessio retinetur animo . . . . . . quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignorarat“ vgl. auch Randa a. a. O., S. 351 Christoph, Über den Besitzverlust an Grundstücken, S. 9 ff. a. M. Baron, Jahrb. für Dogm. VII, S. 141.

diesem Augenblicke an verlustig, falls er dem fremden Eingriff erfolgreich nicht zu begegnen vermag. In diesem Falle handelt es sich um die unmittelbare Dejection des abwesenden Besitzers, ebensowenig ist aber auch demjenigen das Interdikt zu versagen, dessen Vertreter in seiner Abwesenheit vi dejiciert wurde.

Und auch hierbei begnügte sich das entwickelte Recht der Kaiserzeit nicht, vielmehr gab Constantin den dejicierten Vertretern des Abwesenden das Interdikt zu Gunsten des letzteren[1]).

Schwieriger ist die Entscheidung in den Fällen, in welchen sich der Vertreter des Abwesenden aus dem Grundstück des mittelbaren Besitzers freiwillig entfernt.

Einige ältere Juristen[2]) liessen den Besitzesverlust des dominus hier mit dem „deserere und discedere“ des Vertreters eintreten[3]). Damit ging zugleich von diesem Zeitpunkt ab jeder Besitzesschutz für den dominus verloren, da das Erfordernis des Interdikts, eine vis atrox, nicht vorlag[4]). Um diesem, ein gesundes Rechtsgefühl verletzenden Übelstande abzuhelfen, bestimmte Justinian in 1 12 C pr. de a. et r. p. 7,32:

„possessionem cuiuscumque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.“

Wenig wahrscheinlich klingt die Behauptung Windscheids Dernburgs etc.[5]), Justinian spreche hier von einem Überlassen und Übertragen des Besitzes seitens des Vertreters, und letzteres sei unter dem „alii prodiderit“ verstanden.

Erstens würde dies dem altrechtlichen Grundsatz widersprechen: „nemo plus juris transferre ad alium potest, quam ipse habet.“ Ferner müsste man alsdann Justinian vorwerfen, dass

---

1) 1 1 C si per vim.

2) Africanus u. Pomponius 1 70 § 1 D h. t. 41_2 de poss. 41_2. 1 45 § 1 1 31 D eod.

3) Vangerow, Pand. I § 209

4) Vgl. hierzu u. zum folgenden auch Christoph a. a. O., S. 28.

5) Dernburg, Pand. I § 183 n. 6 Windscheid, Pand. I § 157. Bruns, Jahrb. d. gem. d. R. IV 43. Meischeider a. a. O., S. 350. Kierulff, S. 398. Arndts, Pand. § 143 a. Keller, Pand. § 335. Fitting, Zeitschrift für H.R. XVIII 337. Idem, Arch. f. civ. Prax. 55, S. 314.

er Besitz dort anerkenne, wo kein Besitz mehr bestehe, und dort leugne, wo er wirklich bestehe. Es liegt eine Zusammenfassung des Relinquere und Prodere in den einen Begriff des Besitzaufgebens, das allein in der Möglichkeit des Vertreters sich befand, viel näher [1]). Diese Ansicht wird durch die Wiedergabe beider Worte mit dem einzigen „αποστῇ“ der Basiliken [2]) wesentlich unterstützt. Der unserer Interpretation gemachte Vorwurf des bedeutungslosen Pleonasmus [3]) ist hinfällig. „Derelinquere“ bedeutet allgemein verlassen, ohne die technische Bedeutung der Dereliction zu haben [4]). Es steht hier im Gegensatz zum Ausdruck: „alii prodiderit“, heisst also „Verlassen,“ ohne dass der Vorteil einer bestimmten Person dabei in Betracht gezogen wird [5]).

Daher handelt es sich also nur um eine weitere, nicht einmal vollständige Zergliederung des Thatbestandes, keineswegs um einen Pleonasmus. Doch angenommen der letztere bestände, so dürfte man in Rücksicht auf die Gesetzeskunst Justinians hierauf nicht Folgerungen von Tragweite bauen. Meischeider bezieht die Stelle, „nicht blos auf die faktische Entfernung und das Platzmachen des Repräsentanten, sondern auch auf das Eintreten des Dritten in den locus apertus.“

Gegen ihn spricht, dass sich die hier entschiedene Streitfrage nicht auf den Eintritt des Dritten bezieht, daher Justinian nicht auf die fernstehende Frage einzugehen braucht [6]).

Die gleichen Gründe gelten gegen v. Pininski [7]). Es liegt nicht in der Stelle, unter dem prodere auch das Benehmen des Dritten mit zu begreifen, Pininski verteidigt Justinian gegen die Zumutung, übersehen zu haben, dass die ganze Verfügung der 1 12 durch die Okkupation des Dritten illusorisch werde. Hinsichtlich eines anderen Gesetzgebers würde man wohl den Einwand berücksichtigen müssen, Justinians gesetzgeberischem Fernblick

---

[1]) Vangerow I § 209 A. Witte, Ztschft. f. C.R. u. Proz. XVIII. N.F. 269—277. Bruns, Besitzkl., S. 112 - ff. Wächter, Pand. II, S. 77.

[2]) Basil. 50_2, 62.

[3]) Dernburg a. a. O. § 183 n. 6.

[4]) Vgl. fr. 15 § 21 de damno infect. 39,2.

[5]) Kniep a. a. O., S. 40 ff.

[6]) Kniep a. a. O., S. 40 ff.

[7]) v. Pininski, der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes. Leipzig 1885 Bd. II S. 89 ff.

kann man es zutrauen, die Consequenzen nicht alle überblickt zu haben, dagegen darf man ihm nicht, wie dies die Gegner thun, den Verstoss gegen die Regel: nemo plus juris etc. zumuten. Dies wäre unjuristisch, ersteres bewiese nur einen Mangel an gesetzgeberischem Fernblick.

Die richtige Auslegung der C. 12 geht also dahin, dass der ungerechtfertigte Besitzverlust des Dominus ausgeschlossen sein soll, indem das Gesetz ihm aus dem Preisgeben des Besitzes seitens des Vertreters in keiner Weise einen Nachteil entstehen lässt[1]).

Immerhin erforderte das Recht auch in diesem Falle eine zeitliche Begrenzung, falls die Okkupation des verlassenen Grundstückes durch einen Dritten erfolgte. Wollte man einer dem obigen Fall sich analog anschliessenden Rechtsbildung folgen, so könnte der Verlust des Besitzes erst eintreten, wenn der Vertretene ohne einzuschreiten, Kenntnis von der Okkupation erlangt hat. Dies wird von Savigny[2]) verteidigt und würde in der That noch durch den Hinweis auf die angeführte Analogie unterstützt werden, wenn dieser Auffassung nicht durch die Quellen jeder Boden entzogen würde. Papinian erklärt[3]):

> eius . . . . quod servi vel etiam coloni corpore possidetur non aliter amitti possessionem quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti, nobis quoque ignorantibus."

Danach erfolgt Besitzverlust schon im Augenblicke der Okkupation.

Die unterschiedliche Behandlung des mittelbaren Besitzes gegenüber dem unmittelbaren Besitz in dieser Beziehung ist wohl der Berücksichtigung des hier eher vorauszusetzenden bona fidebesitzes auf Seiten des Okkupanten zuzuschreiben. Bei dem mittelbaren Besitze wird die Abwesenheit des unter Zurücklassung eines Vertreters sich entfernenden Dominus naturgemäss längere Zeit dauern, als in dem Falle, wo ein unmittelbarer Besitzer ohne Zurücklassung eines Vertreters sich entfernt. Okkupiert im ersteren Falle ein Fremder das Grundstück, welches vom Vertreter verlassen

---

[1]) Vgl. hierzu Löbenstern, Giesser Zeitschr. Bd. IX, S. 392. Christoph a. a. O., S. 31 ff.

[2]) Savigny a. a. O. § 31. Löbenstern, Giess. Zeitschriften f. Civilrecht Bd. IX, S. 392 ff. Christoph a. a. O., S. 30 ff.

[3]) 144 § 2 D. 41_2.

ist, so kann dies sehr wohl auf bona fides desselben beruhen; denn die Veruntreuung des Vertreters setzt nicht notwendig eine Kollusion des Erwerbers mit dem Vertreter voraus. Okkupiert aber jemand das vom unmittelbaren Besitzer ohne Zurücklassung eines Vertreters nur auf kurze und ordnungsgemässe Zeit verlassene Grundstück, so wird die Okkupation bald als ein Treubruch offenkundig sein, da der fortdauernde Besitz des nur auf kurze Zeit Abwesenden bekannt sein wird.

Da die Okkupation im Fall des 1 44 § 2 selbst nicht als vis atrox, sondern höchstens als vis im weiteren Sinn erscheint, mithin die Voraussetzung des Interdikts Unde Vi nicht vorliegt, so liess diese Lücke im Besitzesschutz den Besitzer schutzlos. Ehe wir auf die Ausfüllung dieser Lücke durch Justinian eingehen, wollen wir nur noch die gegen die 1 44 § 2 cit. erhobenen Bedenken [1]) zurückweisen. Die 1 3 § 9 D h. t, widerspricht ihr nicht. Die Worte „constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus aut dejecti fuerimus“ wollen nicht alle möglichen Arten des Besitzverlustes nennen. Jetzt gehen wir zu der als Lücke im Besitzschutz angekündigten 1 11 C. U. V. 8,4 über. Justinian sagt, dass die, qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt bezüglich der Rückgabe des Besitzes wie Räuber nach älterem Recht behandelt werden sollten. Er will damit das Interdikt Unde Vi auf sie ausgedehnt wissen. Die Annahme eines selbständigen Interdikts de clandestina [2]) nach den Grundsätzen des Interdikts Unde Vi lässt sich hieraus nicht rechtfertigen.

Eine besondere Schwierigkeit bildet die Erklärung des Ausdrucks: „vacua possessio absentium.“ Savigny [3]) versteht darunter eine Sache, deren Besitz durch blosse Abwesenheit verloren gegangen ist und die von einem Dritten okkupiert worden ist. Für diesen Fall steht die possessorische Klage zu. Savigny übersieht das Wort: „absentium.“ Aber gerade dies zeigt, dass Justinian unter „vacua possessio absentium“ nicht eine besitzlose Sache, sondern einen verlassenen Besitz d. h. einen vom Detentor ver-

---

[1]) Savigny a. a. O., S. 371. Pininski II, S. 89 a. 1. Bekker a. a. O. anders Vangerow II § 209 a.

[2]) Pflüger a. a. O., S. 358 ff.

[3]) Savigny a. a. O., S. 431, 468 ff. Windscheid § 160 No. 1.

lassenen bzw. aufgegebenen Besitz versteht[1]), zumal da kein Grund da ist, einen nicht mehr bestehenden Besitz zu schützen.

Durch dies Interdikt erhält aber nur der mittelbare Besitzer rechtlichen Schutz, die Ausdehnung auch auf den unmittelbaren Besitzer[2]) geben wir nicht zu, da er genügenden Rechtsschutz hat.

Nach der Theorie von Cujaz und Ihering[3]) soll der Klagegrund des Interdiktes Unde Vi über das Erfordernis der Vis hinaus auf jede Besitzentziehung wider Willen durch die Kaiserzeit ausgedehnt worden sein. Dies ist quellenmässig nicht begründet[4]).

Nach Ihering kommen besonders die Fälle der Besitzentziehung durch Irrtum, illegale obrigkeitliche Verfügung und Untreue der Vertreter in Betracht. Den Ausgangspunkt Iherings[5]) bildet die mit der formellen Abschwächung des alten Interdiktenbegriffs im Zusammenhang stehende neue Bezeichnung der actio momentaria. Er nimmt mit der formellen Umgestaltung zugleich materiellrechtliche Änderungen bezüglich der Natur der Interdikte an, besonders hinsichtlich des Unde Vi[6]). Die neue Benennung rechtfertigt sich aber allein völlig durch die auf prozessualem Gebiete infolge der Abschaffung des alten Interdiktenprozesses in der nachklassischen Zeit eingetretenen Neuerungen. Ihering fasst ihre Bedeutung viel zu gering auf, es darf nicht nur von einer Abschwächung des Interdiktenbegriffes gesprochen werden, sondern sie bezeichnete vielmehr eine totale Aufhebung des alten Interdiktenprozesses. Danach ist der neue Name: „momentariae possessionis

---

[1]) Bruns, Besitzkl., S. 120. Ihering, Grund des Besitzesschutzes, S. 120 Brinz, Jen. Litter. Bl. 1874 Ztg. S. 40. Fitting a. a. O. § 173. Witte, Ztschrft. f. C.R. u Pr. 18., S. 280.

[2]) Kniep a. a. O., S. 464. Pininski a. a. O., S. 208.

[3]) Cujaz, Observ. I 20, XIX 16. Ihering, Grund des Besitzesschutzes, S. 102, dagegen Bruns, Besitzklagen, S. 84. Ruffini, S. 66 ff.

[4]) Bruns, Besitzklage, S. 84—136. Fitting, Ztschrft. f. R.G. XI 433 Brinz II. Aufl. I 749. Jen. Litt. Ztg. 1874, S. 617. Bekker, R. d. Bes., S. 261, 354. v. Pininski I. S. 211 ff. Dunker a. a. O., S. 117 ff. Bähr, Jahrb. f. Dogm. 36, S. 281. Ubbelohde V 1, S. 662 ff.

[5]) Ihering a. a. O., S. 85 ff.

[6]) Ebenso Brinz, 2. Aufl. I, S. 749. Idem, Jen. Litterat. Ztg. 1874, S. 617.

interdictum oder momenti actio oder momentariae possessionis actio" an sich kein Beweis für Ihering. Es ist nach den Untersuchungen von Fitting[1]), Bruns[2]) und Ruffini[3]) sicher, dass „momentum" im 4ten und 5ten Jahrh. die Bedeutung von „Besitz" oder „Besitzstand" hat, im 6ten Jahrh. bei den Barbaren die possessorische Handlung bedeutet, später wieder Besitz bedeutet, endlich ohne Unterschied „Besitz" und „Besitzklagen" bezeichnet[4]). Der Sprachgebrauch Justinians hält sich von dieser Verwirrung der Begriffe frei, er setzt regelmässig die Worte: „momentaria oder momentanea possessio" für das Wort: „momentum" des Codex Th. ein. Gleichbedeutend sind die Ausdrücke: „momentaria actio oder momenti actio, momentaneae possessionis actio und momentariae possessionis interdictum." —

Die zum Beweis beigebrachten Konstitutionen rechtfertigen die Erweiterung des Klagegrundes ebensowenig wie der neue Name der Klage[5]).

Die Worte: „si per vim vel alio modo" in der Titelüberschrift zu lib. 8,5 C. sind nur im Zusammenhang mit der ganzen Stelle zu verstehen. Sie giebt den dejicierten Vertretern des dominus die Klage für den dominus und will dabei an die Voraussetzungen anknüpfen, unter denen nur dem Dominus die Klageberechtigung gegen den Okkupanten zugestanden ist.[6])

Durch zwei Stellen findet Ihering seine Ansicht von der Erweiterung des Klagegrundes für das Kriminalrecht bestätigt, durch 1 8 C 8_4 und 1 5 C 8_4. In ersterer, die ein Gesetz von Arcadius und Honorius von 395 enthält, ist bestimmt, es sollten nicht wie früher bestimmte kleinere Delikte sub specie criminis vor den Statthalter gebracht werden. Unter den aufgezählten res parvae et minimae wird auch das Interdictum momentariae possessionis genannt.

---

[1]) Fitting, Ztschrft. f. Rechtsgesch. XI 433.

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 88 ff.

[3]) Ruffini a. a. O., S. 66 ff.

[4]) Duncker a. a. O., S. 118 u. n 4 will unter „momentum" die augenblickliche thatsächliche Herrschaft verstanden wissen.

[5]) Vgl. auch bezgl. dessen, dass der neue Name keine Schlussfolgerung hinsichtlich dessen zulässt, dass die Klage andern Inhalt hat als das Unde Vi Ubbelohde, S. 662 ff.

[6]) Ebenso Ubbelohde, S. 667.

Ihering geht von der durch Wächter[1]) schlagend widerlegten Ansicht aus, die vis des Interdikts Unde Vi gehöre immer zur Zuständigkeit der lex Julia de vi. Bei dieser falschen Voraussetzung musste er natürlich zu dem unrichtigen Resultate der Erweiterung des Klagegrundes kommen[2]). Ein Gegenbeweis gegen Ihering ist die Fassung der Stelle der Basiliken 1 3, 56:

„Ἡ πρὸς ῥοπὴν νομὴ ἔχουσα τὸ περί βίας παράγγελμα"

An der irrigen Auslegung der 1 5 C 8_4 durch Ihering[3]) ist die wenig glückliche Fassung schuld, die sie durch die Compilatoren erhielt[4]). Die Stelle sagt:

„Invasor locorum poena teneatur legitima, si tamen vi loca eundem invasisse constiterit, nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sic poena possessio restitui debet."

Der ursprüngliche Zusammenhang der Stelle in der Sammlung der Gromatiker, von wo sie in den Codex Th. kam, beweist, dass zunächst die Besitzfrage geregelt werden sollte, später die Eigentumsfrage durch Festlegung der Grenzen seitens der Feldmesser[5]).

„Dominus" bedeutet daher „Eigentümer", die Besitzfrage kommt nicht ins Spiel; denn die Feldmesser haben nichts mit dieser zu thun.

Die Ausdehnung des Klagegrundes auf die Fälle des Irrtums, der Untreue von Stellvertretern, der illegalen obrigkeitlichen Verfügung, der Erschleichung des Besitzes in Formen des Rechtes lässt sich nicht halten[6])

Einige Fälle der vorgenannten Art z. B. der Untreue der Stellvertreter sind bei Gelegenheit der vacua possessio oben besprochen. Wir greifen noch einige offenbar unhaltbare Ansichten Iherings heraus.

---

[1]) **Wächter**, N. Arch. des Crim. R. XI 641. 645 Bruns, Besitzklagen, S. 100, vgl. Ubbelohde, S. 684.

[2]) vgl. auch Ubbelohde a. a. O., S. 685.

[3]) Ihering a. a. O., S. 108—114.

[4]) Bruns, Besitzklagen, S. 93 ff.

[5]) **Lachmann**, Röm. Feldmesser, S. 16 ff.

[6]) Bruns, Besitzklagen, S. 93 ff.

Die 1 2 C. Th. spricht nicht von einer Klage des Mündels gegen die kolludierenden Vormünder, sondern von einer auf Rechnung des Mündels verübten Gewalt. Hieraus ist also keine Klage wegen der Untreue von Stellvertretern herzuleiten, da auch 1 1 C h. t. nichts dafür beweisst.

Von einer Erschleichung des Besitzes in Formen des Rechts handelt nicht 1 2 C. Th. U. V. 4_{22}[1]). Das Gesetz spricht nur aus, dass nicht ordnungsgemäss das Reskript mitgeteilt ist, (neque vulgato rescripto neque adversario solenniter intimato) und im zweiten Fall[2]), dass ein Interlokut unterdrückt und darauf sub specie judicati Selbsthülfe gebraucht ist[3]).

Aus 1 5 C. 8_4 kann nicht eine Besitzklage aus Irrtum folgen. 1 3 C. qui leg. pers.[4]) 3,6 ist nur eine Wiederholung der 1 1 C. si per vim. Ihering übersieht den Hinweis auf das Gesetz Constantins.[5]) L 2 C. 8, 5 ist nur ein Spezialreskript zum Schutze der Abwesenden, daher für den Zweck Iherings unbrauchbar. Diese richtige Ansicht folgt aus den klaren Worten des Textes wie aus der Interpretation der entsprechenden Stelle des Cod. Th.[6]).

C. un. C. ubi de poss. 3,16 spricht von einer Störung des Besitzes durch „vis facta[7]).“ Diese bildet den Klagegrund, die momentaria possessio den Klageinhalt. Die Stellung beider Ausdrücke neben einander weist auf das Forum delicti und rei sitae hin[8])[9]). Donell[10]) sagt es werde hier nur vom forum delicti gesprochen, und zwar zuerst von Störung, dann von Besitzentziehung. Bruns folgt Donell mit Bezug auf den Titel.

---

[1]) So auch Ubbelohde a. a. O., S. 680 gegen Ihering.

[2]) Ihering a. a. O., S. 94.

[3]) Bruns, Besitzklagen, S. 96 ff.

[4]) . . Sub colore autem apiscendae possessionis obrepticia petitio alteri obesse non debet . . . . Bruns, Besitzklagen, S. 105 ff.

[5]) So auch Ubbelohde, S. 671, der mit Recht hervorhebt, dass die Aufnahme der Constitution unter der Rubrik „Qui“. leg. pers. gegen Ihering spricht.

[6]) Interpr. leg. 5 Cod. Th. Unde Vi 4_{22} Valentinianus et Valens a. 366.

[7]) Ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum, qui possessionem turbavit convenit judicare.

[8]) Spätere Ausgaben des Corpus juris mit der Glosse z. B. Lugduni 1569, sagen zur Rubr. Cod. 3,16 ubi de poss.: Causae violentiae debet tractari ubi est possessio, vel ubi vis illata est, hoc dicet Jaco.

[9]) Weiss a. a. O., S. 31.

[10]) Comm. de jure civ. XVII, 17, 3.

Iherings Ansicht ist danach unhaltbar[1]), da besonders Institutionen und Pandekten nur den alten Klagegrund des Interdikts Unde Vi kennen. Überdies würde ein Grund für 1 11 fehlen, die ja der fühlbaren Lücke im Rechtsschutz abhelfen sollte. Wir stimmen daher ganz dem Wunsche von Bruns zu[2]), man solle die actio momentariae possessionis wieder ruhig in die Vergessenheit versenken, in der sie schon lange sicher ruhte."

Für das römische Recht blieb daher das Erfordernis der vis atrox als Grundprinzip immer bestehen[3])."

Der Standpunkt der römischen Quellen hinsichtlich des Klagegrundes des Interdikts Unde Vi hat auch durch die Glossatorenzeit keine Änderung erlitten.

Delbrück stützt seine schon oft berührte Theorie von der Erhaltung der dinglichen Klage des deutschen Rechts in den Besitzklagen auch darauf, dass der zwischen Uti Possidetis und Unde Vi hinsichtlich des Klagegrundes bestehende Unterschied in den mittelalterlichen Quellen völlig verwischt sei, sodass in Wahrheit hier aus beiden Klagen nur eine einzige Klage geworden sei.

Delbrück[4]) schreibt ferner der dritten Placentinischen Präsumtion[5]) den bestimmten Einfluss zu, im Zusammenhang mit der Lehre der Glossatoren von der Fortdauer des Civilbesitzes einen petitorischen Charakter in das mittelalterliche Besitzsystem getragen zu haben. Der Gedankengang, den man der Präsumtion zu Grunde legte, sei folgender gewesen: Wenn der gegenwärtige Besitzer nicht den Willen aufgegeben habe, gegenwärtiger Besitzer weiter zu sein, so sei er noch jetzt Civilbesitzer, und wenn der Naturalbesitzer jünger im Besitze sei als der andere, so sei zu vermuten, dass der Besitz des Naturalbesitzers fehlerhaft sei.

Die mittelalterlichen Quellen erweisen zunächst, dass die auch von Heusler[6]) angenommene Verwischung von Turbation und

---

[1]) Ruffini, S. 66 ff. Windscheid-Kipp, S. 725.

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 134.

[3]) Bruns a. a. O., S. 251.

[4]) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts §§ 16, 19, 20 21.

[5]) Vgl. S. 8 oben.

[6]) Heusler, S. 305 ff., s. die dortigen Citate.

Dejection nur bei einem Teile der Praxis[1]) sich findet, dass dagegen ein grosser Teil der Praxis[2])[3]) hierin den Standpunkt der scharfen Trennung festhält, den das römische Recht hat, und zwar mit vollem Bewusstsein. Die Urkunden über den Rechtsstreit zwischen dem Bischof von Vercelli und der Gemeinde Casale aus dem Jahre 1196 geben hiervon Zeugnis[4]). Der Klageantrag hier zeigt ganz den Charakter des Interdiktes Unde Vi. Einzelne Stellen daraus mögen hier hervorgehoben sein:

„De Ansareto proponebat in factum actionem reditum loci interdicti unde vi, ad recuperandam possessionem, cum episcopus Vercellensis per quos investierat, de ipso Ansareto illum possideret, et commune Casalis campanis sonantibus . . . et intravit, nec postea illos nec episcopum possidere permisit.

Es möge gestattet sein, am Rande noch einzelne Stellen hieraus aufzuzählen[5])!

Ebenso zeigt der Schriftsatz des Beklagten[6]) und der Klageantrag[7]) das Bewusstsein des Unterschiedes der Interdikte.

Die sich hieraus ergebenden Folgerungen sprechen dagegen, dass je eine communis opinio hinsichtlich dessen be-

---

[1]) S. Muratori, Antiqu. Ital. IV col. 29. Muratori a. a. O. I coll. 159

[2]) Ficker, Urkunden zur Reichs- und Rechts- Geschichte Italiens n. 192, S. 233.

[3]) Ruffini a. a. O., S. 272.

[4]) Ficker a. a. O. n. 192 p. 233 Es heisst in einer andern Stelle: „expulisse episcopum“ non admittere“ „restituere possessionem.“

[5]) „Commune Casalis expulisse episcopum de quasipossessione jurisdictionis et districti, ipsum expellendo vel venientem, inscripta facere volentem non admittendo.

Kläger fordert ferner:

restitutionem quasipossessionis, in quibus commune usurpaverat iustitiam . . ., in aliis vero desiderabat, ut in iis tueretur.

[6]) Der Beklagte verneint die beiden Fragen getrennt:

Non expulerunt ipsos episcopos nec venientes . . . reppulit nec aliquos conquiri volentes apud episcopos prohibuit, ne conqueretur.

Der Klageantrag sagt:

„proponebat possessorium et retentorium et recuperatorium.“

[7]) Im XIII. Jahrh. wird beim Interdikt Unde Vi wie der actio spolii noch allgemein der Beweis der Spoliation gefordert z. B. bei Durantis spec. de rest. spol. n. 13 und Gl. „possidebat, § 1 zu 1 1 § 23 de vi vergl. hierüber auch Bruns, Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV, S. 59.

standen habe, das Interdikt Unde Vi und Uti Possidetis unterschiedslos zu behandeln[1]). Dies muss der Theorie Delbrücks einen grossen Schlag versetzen, da er noch die eben zurückgewiesene irrtümliche Annahme seiner Theorie zu Grunde legt. Man muss nach dieser Klarstellung der Sachlage schon von vornherein daran zweifeln, dass eine nur teilweise in der Praxis beobachtete Form bzw. Gepflogenheit diejenige Rolle gespielt haben kann, welche ihr Delbrück zuweist. Der etwaige gegnerische Einwand, dass man es hier jedoch mit zwei Richtungen in der Praxis zu thun habe, von denen die eine die deutschrechtliche Anschauung, die andere die römische Ansicht vertreten habe, lässt sich mit folgenden Gründen widerlegen. Es waren Umstände damals vorhanden, welchen allein das Auftreten der Präsumtion und die damit im Zusammenhang stehende Verwischung der Turbation und Dejection zugeschrieben werden muss. Hier ist die bereits im historischen Teil[2]) erwähnte Änderung der Beweistheorie zu nennen[3]). Aus den Bedürfnissen heraus, das Beweisverfahren zu erleichtern, ist insbesondere auch das Auftreten der dritten Placentinischen Präsumtion zu erklären. Eine Spaltung der Praxis in der Frage der Beweiserleichterung aber ist viel eher möglich, als sie dort möglich wäre, wo es sich nach Delbrück um die Aufnahme alter überkommener Anschauungen handelte, denen die gesamte Praxis ein williges Ohr geliehen haben würde, falls das deutsche damalige Recht überhaupt die Kraft besass, in die Litteratur schon damals einzudringen.

Es ist zudem aus Roffred selbst ersichtlich, dass ein gewichtiger Teil der Praxis auf dem rein römischen Boden in dieser Beziehung stand, Roffred spricht gerade von den Sapientes, die einen Versuch der Rekuperation anrieten. Aus den Worten Roffreds lässt sich ferner entnehmen, dass der Ursprung der Präsumtion nicht auf die Praxis, sondern auf die Theorie hindeutet[4]). Roffred kann unter den Advokaten, deren Meinung er angiebt, nur die Advo-

---

[1]) Seite 6 der Arbeit.

[2]) Ruffini a. a. O., S. 269.

[3]) Bruns, Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV, S. 58 ff.

[4]) Bruns a. a. O., S. 65 ff.

katen seiner Zeit gemeint haben, zu Roffreds Zeiten aber war Placentin bereits 40 Jahre tot. Es erscheint uns endlich unmöglich, dass das deutsche Recht der damaligen Zeit, unausgebildet wie es war, bereits fähig war, in der Litteratur sich Geltung zu verschaffen. Dagegen ist die mittelalterliche Entwicklung im Anschluss an die römische Ausgestaltung des Schutzes der Abwesenden sehr gut denkbar[1]). Jeden Boden unter den Füssen entzieht aber Delbrück die Thatsache, dass das deutsche Recht der Gewere gar nicht die Rolle zuweist, die ihr Delbrück giebt[2]). Sie ist im germanischen Eigentumsprozess nie der entscheidende Faktor gewesen. Danach ist es unmöglich im Civilbesitz das Wesen der Gewere zu sehen[3]), und damit stürzt das stolze Gebäude, das Delbrück aufgeführt hat, in sich selbst zusammen.

Danach muss die Delbrücksche Theorie als beseitigt angesehen werden.

Wir haben bisher gesehen, dass es sich weder halten lässt, die Aufnahme von Präsumtionen im Gebiete des Klagegrundes noch auch die Aufnahme von petitorischen Erfordernissen insbesondere der bona fides oder des Titels auf Seiten des Klägers, auf die Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts zurückzuführen. Wir werden noch beachten, dass Delbrück ebenso wie für das Unde Vi auch für die kanonische Theorie und Praxis mit Unrecht behauptet, dieselbe habe einhellig sich für die Annahme der Präsumtion des älteren Besitzes entschieden.

Cap. II. Der Klagegrund der Spolienklage.

Wir betrachten jetzt, inwieweit das römische Recht und die moderne Praxis Änderungen auf dem Gebiete des Klagegrundes erfahren hat.

Die Frage des Klagegrundes der actio spolii ist nicht ohne weiteres zu entscheiden. Bruns und andere sehen auch in dieser Beziehung auf das Canon Redintegranda und suchen aus ihm einen

---

[1]) Bruns a. a. O., S. 65 ff.
[2]) Heusler, S. 305 Ruffini, S. 272.
[3]) Vgl. auch Bruns, Jahrb. des g. d. R., S. 36 ff.

Anhaltspunkt für die Ausdehnung des Klagegrundes zu gewinnen.[1]) Wir dürfen gemäss unserm Seite 47 ff. ausgesprochenen Grundsatz dem Canon Redintegranda in der Pseudo Isidorischen und Gratianischen Gestalt als einem prozessualischen Mittel keinerlei Einwirkung auch auf den Klagegrund gestatten[2]). Wir können hier nur alles das wiederholen, was Seite 47 ff. sowie im geschichtlichen Teile über die Entwickelung der condictio ex canone gesagt ist[3]). Es genügt hier darauf hinzuweisen, dass bei Stephan von Tournai[4]) und Johannes Faventinus ausdrücklich die possessorischen Interdikte als diejenige Klage bezeichnet werden, von der dort die Rede ist[5]). Sie sehen als die Form des in Betracht kommenden Unrechts lediglich die „violentia" an[6]), die daher allein statthafte Klage kann nur das Interdictum recuperandae possessionis sein. Erst Huguccio und seine Nachfolger machen keinen Unterschied zwischen Gewalt, Zwang und Arglist[7]). Wir haben früher S. 9 ff. festgestellt, dass der Trennungsprozess von Klage und Einrede lediglich dem römischen Recht zu verdanken ist, wir halten für den Aufbau der Restitutionsklage in der Zeit nach Gratian seit deren Eintritt in das Gebiet des materiellen Rechts daran fest, dass die Bausteine aus dem Gebäude des römischen Rechts genommen worden sind[8]). Stephan von Tournai und Faventin legten mit Bedacht die römisch-rechtlichen rekuperatorischen Interdikte dem Aufbau zu Grunde. Nachher, seit Huguccio, wurden auch andere als dem Gebiete der rekuperatorischen Interdikte angehörige Bausteine für das neue Gebäude verwandt, die Aufnahme anderer Klagen als der Interdikte erscheint nach römischem Recht

---

[1]) Bruns, Besitzklagen, S. 250.

[2]) Ebenso wie hier Ruffini a. a. O., S. 327.

[3]) S. 10 ff. dieser Arbeit, S. 18 dieser Arbeit.

[4]) Stephan v. Tornai in c. 1 C. II qu. 2.

[5]) Maassen a. a. O., S. 231 n. 8 u. 235 Ruffini a. a. O., S. 327.

[6]) Maassen a. a. O., S. 235. Stephan v. Tournai in c. 1 C. II qu. II omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes non per judicialem sententiam, sed per violentiam, unde et restituendi sunt per possessoria judicia, id est per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum.

[7]) Maassen a. a. O., S. 235.

[8]) Siehe S. 18 dieser Arbeit.

zulässig, das den Besitz, wie freilich nur spärliche Quellen beweisen, auch durch condictiones possessionis etc. schützte[1]). Dies war der Gedanke der mit dem römischen Recht vertrauten Decretisten, die das neue restitutorische Rechtsmittel schufen. Man kam auf diese Weise auf die actio quod metus causa und actio doli.

Damit aber war nun der Weg eingeschlagen, auf dem man weiter musste wegen der Schwierigkeiten, die sich einstellen mussten.

Es mag noch hervorgehoben werden, dass der Klageanspruch bei Huguccio, dessen Standpunkt S. 11 gekennzeichnet ist, ein possessorischer ist, wie sich aus der nebenstehenden Stelle ergiebt[2])[3]). Dem von Maassen gekennzeichneten Bilde der weiteren Entwickelung stimmen wir zu[4]). Sie führte zur Aufstellung der condictio ex canone mit einem den Klagegrund der übrigen Klagen umfassenden Klagegrund aus einer Notwendigkeit heraus, zu der das Nebeneinanderstehen der actio doli, der actio quod metus causa und der Interdikte drängte[5]). Die Glosse aut dolo zu c. 3 C. III qu. 1 sagt:

„Cum autem Canon aequiparet dolum, metum vel violentiam, videtur, quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri.“

Glosse ad casus von C. III[6]) nennt als die vier Hülfsmittel, mittelst deren die Restitution, geschieht: „actio, interdictum,

---

[1]) Maassen a. a. O., S. 235.

[2]) Huguccio in c. 6 Dict. Grat. qu. 1 cit: Non ergo sequitur, quod si non fuit legitime institutus, non sit destitutus nec possit restitui. Nam sicut fuit institutus de dolo facto, ita potest restitui de solo facto.

[3]) Maassen, S. 235.

[4]) Idem, S. 236—240.

[5]) Glosse des Hispanus in Comp. III de ord. cognit. zu „judicium restitutorium“ contra spoliatorem competere:

Quia non datur Interdictum Unde Vi nisi contra dejectorem.

Forte latius patet restitutorium judicium secundum canones quam secundum leges, ut habeat locum etiam, ubi metu quis perdit rem vel dolo III qu. 1 Redintegranda.

[6]) Glosse ad casus e. C. III:

Hoc autem scias, qnod quattuor sunt auxilia producta, per quae petitur restitutio: actio, interdictum, condictio ex canone, judicis officium. Actione petitur restitutio, ut actione quod metus causa. Datur restitutio contra

condictio ex canone, judicis officium.“ Die Praxis sah als Klagegrund der condictio ex canone jede injusta causa amissionis an[1]. Auch wurde seit Innocenz IV. die Vermutung der Widerrechtlichkeit aufgestellt und nur der Beweis des Besitzes des Klägers und des jetzigen Besitzes des Beklagten gefordert. Gegen diese Präsumtion richtete sich die Opposition durch Böhmer und Savigny, die Präsumtion fiel und der Standpunkt des römischen Rechts wurde hierin wieder massgebend. Die Anwendung der Klage auf dolus und metus blieb fort. Ihr Prinzip ist Entziehung des Besitzes wider den Willen des Besitzers.

Dieser Überblick über die Entwickelung der condictio ex canone bezw. der Spolienklage hinsichtlich des Klagegrundes erschien nötig, um den Angriffen zu begegnen, welche von Delbrück gegen die Spolienklage auch mit Bezug auf deren mittelalterlichen Klagegrund gerichtet worden sind. Delbrück behauptet, dass die Anknüpfung der condictio ex canone an die römischen Interdikte nur infolge irrtümlicher Vorstellungen über Possessorium und Petitorium ganz unnatürlicher Weise erfolgt sei. Diese Behauptung ist eine dem Standpunkte Delbrücks, dass das materielle Recht der Spolienklage mit dem der dinglichen Klage des deutschen Rechts übereinstimme, ganz gemässe. Zum Nachweis seines Vorbringens, dass die Spolienklage von Anfang an die dingliche Klage des deutschen Rechts dargestellt habe, und erst später für diese eine Stütze im kanonischen Rechte und zwar im Canon Redintegranda gefunden worden sei[2], beruft sich Delbrück darauf, dass bis gegen die Mitte des 13. Jahrhunderts nichts von der condictio ex canone zu bemerken sei, diese vielmehr erst in der um 1250 erschienenen Glosse ihre Stelle in der Litteratur zuerst erhalten habe. Dies letzteres ist irrig, wie aus dem historischen Teil zu ersehen ist[3]. Das Auftreten der condictio in der Summa des Siccard

---

quemlibet possessorem. Item actione de dolo petitur restitutio, et per illam non fit restitutio nisi contra illum, qui dolum fecit. Per condictionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem: Item per judicis officium petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdidit rem suam de qua agitur . . . et illa potest agi contra quemlibet possessorem.

[1]) Goffredi Summa. Venitiis 1564, De restit. spoliat., S. 191 n. 6.

[2]) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts, S. 152.

[3]) Siehe Seite 12, 19 dieser Arbeit.

zwischen 1179 und 1182[1]) widerlegt die Behauptung, dass man erst später für die Spolienklage eine gesetzliche Stütze aufgesucht habe. Die früheren Ausführungen dieser Arbeit weisen ferner nach, dass nicht deutsch-rechtliche Anschauungen, sondern das wiedererwachte römische Recht den Aufbau der Klage bewirkten, insbesondere aber, dass und warum gerade die Anknüpfung der neuen Klage an die Interdikte geschah[2]). Hier soll durch Bezug auf die Darstellung Bl. 18 ff. nachgewiesen werden, dass man vom römischen Recht aus und gemäss dem Geiste des römischen Rechts auf einen erweiterten Klagegrund für das neue Rechtsmittel kommen konnte und kommen musste. Von den Interdikten, die man aus den Seite 18 aufgeführten Gründen ergriffen hatte, ging man dazu über, auch nicht zu den Interdikten gehörige Klagen anzuwenden, weil das römische Recht selbst Vorbilder dafür hatte, dass Nichtinterdikte für den Besitzschutz verwandt wurden. Von hier aus ging man den früher beschriebenen Weg weiter.

Diese Darlegung beweist gegen Delbrück, dass man nicht nötig hat, eine dingliche Klage des deutschen Rechts für die Erklärung der Geschichte der Spolienklage heranzuziehen. Vielmehr stellt sich das neue Rechtsmittel mit seinem erweiterten und ausgedehnten Klagegrunde zunächst lediglich als das Produkt römischrechtlicher Anschauungen und Consequenzen dar, seine spätere Entwickelung vollzog sich dann unter dem Einfluss der mittelalterlichen Zustände in einer besonderen Art. Damit ist aber die Behauptung von Delbrück zurückgewiesen, dass es nur möglich sei, durch Annahme der dinglichen Klage des deutschen Rechts die Gestaltung und die besonderen Erscheinungen der Spolienklage zu erklären. Ist ihm aber dies nachgewiesen, sowie ferner der Umstand, dass die von uns gegebenen Erklärungen viel näher liegen als seine auch auf unerwiesenen historischen Thatsachen aufgebaute Theorie, so können wir seine Folgerungen für die Gegenwart schon aus diesen Gründen nicht annehmen.

Nun wenden wir uns zu der Gestaltung des Klagegrundes der heutigen Klage.

Zum Begriff des Spolium gehören zwei Voraussetzungen:

---

[1]) Siehe oben Seite 12 und 19.

[2]) Vgl. oben Seite 18.

Der Kläger muss erstens den Beweis erbringen, dass der Besitz aus seiner Machtsphäre entzogen ist, ferner, dass diese Besitzentziehung eigenmächtig ist. Sach- und Rechts-Besitz sind hier gleichgestellt.

Unter der Entziehung versteht das gemeine und sächsische Recht eine sogenannte vollständige, d. h. wirkliche Entziehung, d. h. es muss dem Kläger die thatsächliche Einwirkung auf den entzogenen Gegenstand vollständig genommen sein. Ob eine vollständige Entziehung anzunehmen sei, wird im Einzelfall oft streitig sein. Die Praxis neigt daher der Ansicht des A.L.R.[1]) zu, das den Unterschied zwischen Besitzstörung und Besitzentziehung aufgehoben hat. Bähr[2]) will die actio spolii unterschiedslos für Entziehung wie Störung angewandt wissen.

Es ist fraglich, ob es zu wünschen sei, dass minimale Fälle der Besitzstörung und die immer relativ schweren Fälle der Besitzentsetzung dieselbe Klage mit denselben Erfordernissen begründen. Allerdings wird es vielfach gar nicht möglich sein, die Turbation von der Dejection zu scheiden.

Doch hat weder eine im Mittelalter darauf zielende Bewegung[3]), den Unterschied zwischen Turbation und Dejection zu verwischen, für das Unde Vi je allgemeine Bedeutung erlangt[4]) noch auch hat eine im 18. Jahrhundert aufgetretene Richtung, welche den Klagegrund der actio spolii auf bedeutende Störungen ausdehnen wollte, allgemeine Anerkennung gefunden[5]). Das B.G.B. hat sich in dieser Frage auf den Boden der gemeinrechtlichen Klage gestellt.

Eine wichtige Frage ist die, ob und wann für gewisse Kategorieen des Rechtsbesitzes die Besitzentsetzung anzunehmen sei, während die widerrechtliche Wegnahme einer Sache stets als Entziehung aufzufassen sein wird. Bei allen möglichen Rechten halten die Quellen eine Spoliation für möglich. Sie verordnen, dass die Spoliati wiedereinzusetzen seien, und gebrauchen hier den Ausdruck „restituere.“ Für die Restitutionsklage spricht hier das

---

[1]) A.C.R. § 141—150 I 7.

[2]) Bähr, Urteile des Reichsgerichts, S. 47.

[3]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 396.

[4]) Vgl. oben S. 71 ff.

[5]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 396.

Wort „possessio [1]," die scharfe Unterscheidung der Quellen zwischen possessorium und petitorium [2]) sowie die oft zugefügte Clausel: „salva quaestione proprietatis [3])" ebenfalls. Die Quellen nehmen Besitzentziehung an in Fällen, in denen eine Behörde, namentlich eine richterliche, dem Besitzer eines Rechts eine Sache ohne die gehörige Form entzieht [4]). Die Spoliatio per judicem findet sich besonders oft bei den Canonisten, wie den Legisten, aber schon in den Decretalen. Als Entziehung genügt im Regelfalle das Hindernis der Ausübung des eigenen Rechts. Die Besitzentziehung wird in dem folgenden Falle als vorliegend betrachtet. Ein Erzbischof befand sich im Besitze des Rechts, in ganz England ein Kreuz vor sich hertragen zu lassen. Ein anderer Erzbischof dieses Landes verweigerte ihm die Ausübung dieses Rechts in seiner Provinz und erlangte vom Papste „litterae prohibitionis." Letzteres wurde als Spoliation behandelt [5]). Bei kirchlichen Wahlrechten wird jede Vornahme einer Wahl unter Ausschluss eines Mitberechtigten oder im Besitze des Rechts Befindlichen als Besitzentziehung angesehen [6]). Besitzentziehung bei dem Ehebesitz wird angenommen, wenn ein Ehegatte den andern ohne richterliche Entscheidung über Zulässigkeit einer Scheidung oder Annulation der Ehe eigenmächtig verlässt [7]) [8]). Bedenken könnten die Fälle der Verweigerung einer schuldigen Realabgabe erregen. Hier ist aber mit Rücksicht auf die vielfachen Entscheidungen der kanonischen Rechtsquellen eine Besitzentziehung in der Verweigerung der schuldigen Realabgabe unbedingt zu sehen [9]). Als Quelle kommt besonders c. 24 X de elect. in Betracht. Es handelt sich dort um einen Grundzins, den eine Kirche von der andern fordert [10]) Das „Subtrahere" bedeutet die Spoliation und ist nur

---

1) c. 17 X de rest. spol.

2) c. 6 X de arbitris I 43.

3) c. 24 De elect. I 6.

4) c. 1 X ut lite pend. C 7 X de instit. (3,7) c. 6 X concess. praeb.

5) c. 1 X ut lite pendente 2,6.

6) c. 2 X de in int. rest. c. 3 X de caus. possess. c. 20 X de sentent. Bruns, Recht des Besitzes, S. 210.

7) c. 8, 10, 13, 14 X de rest. spol. 2,13.

8) Bruns, Recht des Besitzes, S. 176—191, 206 ff

9) Bruns, Besitz im Mittelalter, S. 210—214.

10) c. 22 Coll. I De Decim. c. 8 X de transact. I 36 — c. 60, 26 X de decim. III 30.

zu verstehen von der Verweigerung der Zahlung und der darin enthaltenen Besitzentziehung. Der Ausdruck, der in eigentlicher Bedeutung die Verweigerung der Zehntzahlung bezeichnet, (subtrahere gleich heimführen von Zehntfrüchten) hat später die rein technische Bedeutung von „detinere“ „contradicere“ „non solvere[1])“ und geht auch auf Geldzehnten und die Entziehung des Zehntbesitzes im Ganzen. Von solcher durch Nichtzahlung geschehener Besitzentsetzung sprechen c. 15 X de privil., c. 10, 26 X de decim., c. 22 X coll. de decim., c. 22 und c. 8 X de transact. unter Hinweis auf den Besitzverlust. Schon nach Roffred liegt in der Zahlungsverweigerung des Verpflichteten ein Spolium[2]). Der Stand der Quellen erklärt sich nach Bruns[3]) daraus, dass bei dem Besitz der Rechte eigenmächtige Besitzentziehung für möglich erachtet wurde. Umgekehrt wird Ruffini[4]) darin zuzustimmen sein, dass der Begriff des Rechtsbesitzes durch die Extreme des Begriffes des Spolium in den kanonischen Quellen bestimmt wurde. Die Konstruktion des Spoliums aber ist folgende: Infolge der Abweichung des Zahlungspflichtigen bleibt dem Berechtigten allein der rechtliche Zwang als Hülfsmittel, die praktische Möglichkeit der beliebigen Ausübung des Rechts aber hört auf. Trotz der Möglichkeit des rechtlichen Zwanges muss jedoch der Besitz verloren gehen, da auch bei dem Sachbesitze die Möglichkeit der Wiedererlangung der Sache im Rechtswege den Besitzverlust für den Besitzer nicht ausschliesst. Eine sich hier anknüpfende Frage ist die, inwieweit die Dekretalen bei Vermögensrechten und personenrechtlichen Verpflichtungen, Hoheitsrechten und Reallasten eine Besitzentziehung nicht nur durch den Verpflichteten, sondern durch Dritte annehmen. Unbestreitbar ist nur die Thatsache, dass die Dekretalen auch für den Fall der Entziehung durch Dritte den Begriff der Spoliation haben und gegen diese die possessorischen Klagen zulassen[5]). Der Thatbestand des Spoliums ist hier erfüllt, wenn der Dritte sich zur Zahlung mahnen lässt oder sie

---

1) Bruns a. a. O., S. 211.
2) Ruffini a. a. O. Pars. V cap. 1 § 2, S. 367 ff.
3) Bruns, Recht des Bes., 210.
4) Ruffini a. a. O. Pars. V cap. 1 § 2, S. 367.
5) c. 22 de off. jud. c. 2 de rest. spol. c. 19 X de rest. spol.

verhindert. Es werden die Worte: „auferre, detinere“ und gleichlautende im ersteren Falle gebraucht[1]).

Bruns sieht in diesen Bestimmungen der Dekretalen bedeutende Unterschiede vom römischen Recht. Die Dekretalen sehen nach seiner Ansicht das Zinsrecht u. s. w. geradezu als ein Rechtsobjekt an, das wie Sachen auf rechtliche oder unrechtliche Weise aus einer Hand in die andere geht[2]). Bruns ist hierin nicht zuzustimmen[3]). Wenn auch das Recht der Prästation bis zu einem gewissen Grade die Figur einer von Hand zu Hand gehenden Sache hat, so entspricht doch diese Auffassung nicht derjenigen der mittelalterlichen Juristen. Die Art der Behandlung der Zehnten als der am meisten vorkommenden hierher gehörigen Rechte beweist uns, dass der Vergleich mit dem obligatorischen Recht die Vorstellung der Juristen nicht beeinflusst hat. Der Zehnt ist ein dem römischen Recht unbekanntes Institut, er hängt nicht von einem Kontrakt ab, sondern ist von einer den Römern nicht bekannten Beziehung abhängig, die nichts mit einem Vertrage zu thun hat. Der Zehnt ist auferlegt, nicht vereinbart. Im Zehnt sind zwei Rechte zu unterscheiden, erstens das Recht auf einen Teil der Ernte, zweitens das Recht auf Prästation derselben seitens desjenigen, der den Acker bebaut[4]). Das erste Recht ist ein Realrecht, das zweite scheint in das Gebiet der Obligationen zu gehören. Dies ist aber nicht der Fall, da es sich hier um eine Auferlegung von Seiten des Gläubigers handelt, nicht um eine Obligation. Aus diesem Grunde bildet die Anwendung der possessorischen Klagen in Fällen, wo es sich um Annahme eines von einem Dritten begangenem Spoliums bei Zehntrechten handelt, keine Anomalie in der Sphäre der Obligationenrechte, sondern nur eine Ausdehnung der Grundsätze der Realrechte mittelst Analogie. Einen Beweis für die mittelalterliche Auffassung, bei den Zehnten lediglich das Realrecht zu betrachten und das obligationenmässige Aeussere zu übersehen, giebt Azo. Er lässt die Anwendung der possessorischen Rechtsmittel auf Prästationen nicht zu, weil sie nicht zu den Servituten und Quasiservituten gehörten, sondern

---

1) Bruns, Recht des Besitzes, S. 214, 215.
2) Bruns a. a. O., S. 215.
3) Ruffini a. a. O., S. 367 ff.
4) Ruffini a. a. O., S. 267 ff.

personalissimae praestationes seien. Für die Zehnten gesteht er jedoch nicht die gleiche Begründung zu, sondern sagt, dass es sich hier anders verhalte:

„quod magis versatur circa res certas[1]).“

Diese Auffassung zeigen auch die Statuten. Z. B. die von Cremona, Bergamo[2]) etc., hier heisst es:

„Si qua persona spoliaverit. . . . aliquem de aliqua ejus possessione vel quasi, rei immobilis, vel juris inhaerentis alicui rei immobili, vel de fructibus decimae vel de jure decimationis vel de alia quacumque re immobili . . . restituat.“

Die Ausdehnung auf Fälle, in denen andere Erzeugnisse[3]) als Teile von Früchten in Betracht kamen, geschah im Wege der Analogie. Dasselbe trifft für Fälle zu, die mit einem Amte verbunden sind oder sonst kraft socialer Verhältnisse auferlegt sind.

Eine wirkliche Ausnahme stellen erst die Realobligationen dar, die auf Grund eines Kontrakts geschuldet werden. Die Ausdehnung auf diese erfolgte von den Zehnten aus im Wege der Analogie. Auch hier lässt offenbar die Rücksichtnahme auf das Realrecht die Juristen übersehen, dass die Abhängigkeit von einer Convention vorhanden ist. Eine Entfernung vom römischen Recht ist hier aber zu konstatieren[4]).

Bei den Suprematsrechten vollendet sich das Spolium, das von dem Verpflichteten begangen wird, mit der Verweigerung des Gehorsams, während der Thatbestand des Spoliums, das in der Handlung bezw. dem Verhalten eines Dritten liegt, mit der Inanspruchnahme der einem andern schuldigen Unterwerfung oder mit der Hinderung der Ausübung des Suprematsrechts sich erfüllt. Die Anwendung der Spolienklage auf die Fälle der Usurpation von auctoritas ist wohl dem noch lange in der Gesetzgebung nachwirkenden Einfluss der exceptio spolii zuzuschreiben.

Die Frage, ob eine Besitzentziehung oder Besitzstörung vorliegt, kann zweifelhaft sein.

---

1) Landsberg, Quaestiones des Azo, quaest. XI, S. 80.
2) Ruffini a. a. O., S. 433.
3) c. 5 X de decim. III 30.
4) Ruffini a. a. O., S. 368.

Nur eine Störung wird angenommen bei der blossen Erschwerung der Ausübung einer Servitut[1]). Als keine Entziehung gilt es z. B., wenn man bei einer Durchgangsgerechtigkeit die jedesmalige Öffnung einer verschlossenen Pforte verlangen muss.

Bei manchen Handlungen wird es vom Willen des Besitzers und dem weiteren Verlaufe der Sache abhängen, ob er seinen Besitz als vollständig aufgehoben oder nur als gestört ansehen will oder muss. Dies wird bei der Nichtleistung der Reallasten oft besonders zweifelhaft sein können[2]). Die Litteratur hat sich hier vergeblich bemüht, Grundsätze für die Unterscheidung aufzustellen[3]).

Für die Besitzentziehung ist naturgemässe Voraussetzung, dass der Besitz in der Person des Klägers wirklich vorhanden ist[4]).

Daher ist nicht als Besitzentziehung zu betrachten die Zurückbehaltung des Gewahrsams von Seiten des Detentors[5]).

Ebenso liegt eine Besitzentziehung nicht in der Okkupation des Finders. Eine Verweigerung der Herausgabe der Sache durch den Finder begründet daher die Spolienklage nicht, solange man mit uns an dem possessorischen Charakter derselben festhält. Delbrück und Ziebarth kommen dagegen, von dem petitorischen Charakter der Klage ausgehend, naturgemäss auf die Begründung der Spolienklage auch in diesem Falle. Aus l 11 C. 8,4 Unde Vi darf man die Anwendung der Klage hierauf nicht ableiten. Bei diesem Falle zeigt sich der Unterschied zwischen der heutigen Spolienklage und derjenigen des Mittelalters. Letztere fand ebenso wie die deutsche Mobilienklage hier Verwendung. Die begründete Veränderung in den für die Klage massgebenden Prinzipien hat den Wandel in der Ausdehnung der Klage geschaffen. Es ist

---

[1]) S. A. 12,7.

[2]) Entziehung nehmen an die Urteile bei Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 7. S. 472. Hufnagel, Mitteilungen, S. 104—105. Störung wird angenommen in Giess. Ztschrft. 12, S. 306.

[3]) Petrus Jacobus, Practica Rub. 156 n. 56, 57 rub. 157 n. 33—35.

[4]) Ein Spolium liegt daher nicht vor, wenn man jemandem diejenigen faktischen Vorteile, die man ihm eingeräumt hat, wieder entzieht, ohne dass jener einen eigentlichen rechtlichen Besitz insbesondere ein Verbietungsrecht hätte.

[5]) Entscheidungen des Ober-Tribunals 44, S. 34.

bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen worden, dass die von einem Teile der Praxis im Mittelalter geschehene Aufnahme von petitorischen Elementen wieder dadurch beseitigt worden ist, dass eine konstante Praxis seit 150 Jahren die Ausscheidung dieser Elemente berechtigter Weise vollzog. Dieser Ausscheidungsprozess konnte vorgenommen werden, weil nie eine communis opinio bezüglich der petitorischen Gestaltung der Klage bestanden hat, weil ferner, wie wir Seite 52 ff. nachweisen, nur besondere Gründe die Aufnahme der petitorischen Elemente rechtfertigen, die in den Zeitverhältnissen des Mittelalters lagen, und die daher für die Neuzeit nicht mehr als Bedürfnis angesehen wurden[1]). Für die innere Berechtigung dieser umgestaltenden Arbeit spricht schon das Eine, dass eine einhellige seit 1750 feste Praxis die Ausstossung dieser petitorischen Elemente vornahm, während im Mittelalter über deren Aufnahme und Beibehaltung immer Streit war.

Eine weitere Beschränkung der Spolienklage liegt darin, dass der Verlust des Besitzes bereits vor der Anstellung der Klage wirklich erfolgt sein muss. Ein noch nicht verlorener Besitz fällt nicht unter die Klage. Die von Ihering[2]) erwähnten Fälle gehören nicht hierher, da der Besitz eines entlaufenen Hundes, eines in Gedanken stehen gelassenen Schirmes etc. nicht sofort verloren geht.

Das zweite Erfordernis zur Substantiierung der Klage bildet der Nachweis der eigenmächtigen Entziehung des besessenen Objektes durch den Beklagten.

Wir gehen zuerst darauf ein, dass der Besitz durch den Beklagten entzogen sein muss.

Der Verlust des Besitzes bei dem Kläger muss eine Folge der Entziehung des besessenen Objekts durch den Beklagten sein.

Sie geschieht in allen Fällen des Sachbesitzes nur durch eine Handlung des Beklagten; streitig ist es, ob zur Entziehung des Rechtsbesitzes eine Handlung nötig ist. Einzelne fordern

---

1) Vgl. S. 83 ff. der Arbeit.

2) Ihering, Beiträge, S. 116. Besitzschutz, S. 136.

dies[1]), wir halten ein „passives Verhalten“ für genügend[2]). Erstere Ansicht, der auch Förster beitritt, verkennt das rein juristische Wesen des Spoliums. Förster[3]) fordert „ein unmittelbares positives“ Eingreifen in den (Machtbereich) Rechtsbereich des Klägers. Die Entscheidung in S.A. 12,241, die auf gleichem Boden steht, giebt zu, dass die Verweigerung einer schuldigen Realabgabe eine Entsetzung aus dem Quasibesitze sei, findet aber hierin kein Spolium. „Dieses setze als Akt der Selbsthülfe immer eine gewisse Thätigkeit, eine äusserlich erkennbare positive Handlung, wenn auch nicht gerade notwendig eine gewaltsame voraus. Die Verweigerung einer Leistung trage aber immer nur den Charakter eines bloss passiven Verhaltens.“ Soweit jenes Urteil. Ihm steht ebenso wie Förster-Eccius entgegen, dass der Begriff des Spoliums als einer ihrer äusseren Erscheinung nach widerrechtlichen Handlung verkannt ist. Das Urteil übersieht, dass bei dem Quasibesitz auch eine nicht in einer positiven Handlung bestehende Eigenmacht äusserlich erkennbar sein kann. Dies ist aber der Fall. Der Besitz eines Rechtes wird auch von Dritten wohl äusserlich erkannt, welche die Ausübung des Rechts fortdauernd bemerken. Die einseitige eigenmächtige Aufhebung des Rechtsbesitzes durch den Verpflichteten erscheint für den Dritten als eine vom bisherigen Verpflichteten begangene unrechtmässige Besitzentziehung auch äusserlich. Danach aber gehören auch solche Fälle unter den Klagegrund der Spolienklage, unter diese Fälle aber ist die Nichtleistung bzw. Verweigerung einer Realabgabe als einseitige eigenmächtige Aufhebung eines Quasibesitzes zu zählen. Aus diesen Gründen darf man bei der Spolienklage auf die Art und Weise wie die Mittel der Entziehung nicht Gewicht legen. Die blosse Weigerung ist in den Quellen als den Begriff des Spoliums erfüllend für die Reallasten ausdrücklich anerkannt[4]). Spolium stellt auch die Handlung des Eigentümers dar, die vermöge Eigentums auf eigenem Boden vor-

---

[1]) Die bayr. Praxis, s. S.A. 29,7 u. Urteil des O.A.G. Jena, S.A. 12,241

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 254.

[3]) Förster-Eccius, Preuss. Priv. R., S. 389 ebenso Entscheidungen des O.A.G. Dresden von 1848 und 1850 in S.A. 3,56, 267.

[4]) Vgl. die früheren Citate auf S. 78 ff.

genommen wird und fremden Besitz entzieht, z. B. die Absperrung eines Weges, die Ableitung des Wassers etc., hier liegen ebenfalls die Voraussetzungen der Spolienklage U. E. vor, die Gegner wollen trotz der zugegebenen Besitzentziehung kein Spolium annehmen. Neben ihr besteht aber auch hier das Moment der ihrer äusseren Erscheinung nach widerrechtlichen Handlung. Die Widerrechtlichkeit liegt den Blicken der Dritten offen, ist daher als äusserlich erkennbare widerrechtliche Handlung anzusehen. Was die Widerrechtlichkeit betrifft, so sei nur hinzugefügt, dass auch die Ausübung kraft Eigentumsrechts die Widerrechtlichkeit nicht ausschliessen kann, da nach den heutigen Prinzipien der Spolienklage die Hereinziehung aller Rechtsverhältnisse, darunter der petitorischen, nur soweit gestattet wird, als der Nachweis erbracht werden soll, dass seinem Handeln die Momente der verbotenen Eigenmacht fehlen.

Bei dem Quasibesitz an Servituten ist eine direkte Handlung Voraussetzung der Spolienklage [1]). Hier ist ein Verbot allein zur Entziehung des Besitzes nicht genügend.

Die Besitzentziehung muss in allen Fällen das Moment der Eigenmacht in sich tragen. Vis atrox ist nicht mehr erfordert. Nur Savigny [2]) und seine Anhänger [3]) erachten diese noch als massgebend aus den Seite 15 erwähnten und Seite 16 widerlegten Gründen. Dieser Ansicht widerspricht besonders c. 7 X 213, durch das ein vom Bischof ohne genügenden Grund seines Amtes entsetzter Geistlicher restituiert wird, obwohl hier eine Vis im römischen Sinne nicht vorliegt. Auf diese und andere Gesetzesstellen gründet die neuere Theorie und Praxis die actio spolii bei Nichtleistung von Reallasten, Nichtzahlung von Renten, Pensionen, Besoldungen, Diensteinkommen etc., sofern überhaupt ein Quasibesitz angenommen ist [4]) [5]). Gewaltlose Spoliationen werden aber gemäss dem kanonischen Recht bei dem Besitze anderer Rechte

---

1) Bruns, Recht des Besitzes, S. Besitzklagen.

2) Savigny a. a. O. § 50.

3) Schweppe, das römische Privatrecht Bd. 3, 4. Aufl. § 561.

4) S.A. 3,99 13,32 22,233 23,32.

5) Bruns, Besitzkl., S. 253 Matthiä, Controv. Lex. 2,338 no: 4.

angenommen z. B. bei Servituten, Gasthofsgerechtigkeiten, auch Familienrechten z. B. im Falle der Entweichung eines Sohnes aus der väterlichen Gewalt [1]). Bezüglich des Sachbesitzes findet sich der Begriff der gewaltlosen Spoliation ebenfalls. Die Klage wird zugestanden bei offener oder heimlicher eigenmächtiger Wegnahme von Sachen, wenn Widerspruch vorangegangen war oder sich von selbst verstand, bei Wegnahme von Dokumenten durch einen Wahnsinnigen etc. oder durch den Mann während der Krankheit der Frau etc.

Es genügt also irgend eine injusta causa amissionis.

Ihre gesetzliche Begründung findet die herrschende Ansicht ausser in dem kanonischen Recht, auch in dem Art. 5 des Landfriedens von 1548 sowie dem Titel VIII der Kammergerichtsordnung. Hier heisst es: „Gemeiner schlechter Spolien und Entsetzung halber, nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geschehen."

Im Anschluss an Savigny finden sich drei Urteile von Stuttgart [2]) (1837) Lübek [3]) und Dresden [4]) (1832), in denen vis atrox gefordert ist. Nicht auf der Doktrin Savignys, sondern auf positiven Rechtssätzen des Bayrischen Landrechts fusst die bayrische Praxis [5]) [6]). Eine gerichtsgebräuchliche Übertragung der bayrischen Auffassung auf die Gerichte eines andern Rechtsgebiets ist damit ausgeschlossen, die citierten 3 Entscheidungen im bewussten Anschluss an Savigny bilden für sich allein noch keinen Gerichtsgebrauch. Savignys Theorie muss daher in der Praxis für beseitigt gelten, die sich konstant der herrschenden Ansicht neuerdings anschliesst, ihre Beseitigung gilt aber auch für die Theorie, die sich überwiegend gegen Savigny erklärt hat. Nur soviel wird man zugestehen, dass unser Rechtsmittel nicht mehr den Betrug mitumfasst, wie aus den Ausführungen Seite 75 erhellt. Die noch im XVIII. Jahrhundert in dieser Frage unentschiedene Praxis

---

[1]) Bruns, Besitz im Mittelalter, S. 279—282, 408—9.

[2]) S.A. 2,50 7,182 16,186 4,120.

[3]) Hufnagel Mitteilungen J. I, 106. S.A. 1,224.

[4]) S.A. 5,26 ohne Thatbestand.

[5]) S.A. 3,56 ohne Thatbestand.

[6]) Art. 1 Tit. XX des B.L.R. v. 1616.

[7]) Bl. f. Rechtsanw. in Bayern I 247, Bl. f. Rechtsanw. in Bayern 44, S. 106 v. 1879.

ist durch eine Praxis ersetzt, die diese Beschränkung mit Recht als im Geiste der heutigen Klage liegend ansieht.

Der heutige Standpunkt der Praxis bezüglich der Spolienklage ist in folgender Definition ausgesprochen[1]):

„Die Eigenmacht stellt sich dar als eine ihrer äusseren Erscheinung nach widerrechtliche Handlung."

Damit stimmt die Begriffsbestimmung Bährs[2]) überein, der die Besitzentziehung als „formelles Unrecht" bezeichnet!

Die Form der Besitzentziehung muss also eine widerrechtliche sein, gleichgültig, ob letztere materiell-rechtlich begründet ist oder nicht.

Bei entstehendem Gegensatze zwischen formellem und materiellem Unrecht, giebt die Frage den Ausschlag, ob ein formell widerrechtliches Verhalten zu konstatieren ist oder nicht. Dies beweist das Urteil des O.A.G. Wolfenbüttel[3]). Dort wird der Beklagte wegen einer ihrer äusseren Erscheinung als unerlaubt sich darstellenden Handlung, die sich daher als formell-rechtswidrige Besitzentsetzung darstellte, verurteilt, obwohl er eine Berechtigung zur Besitzübernahme materiell hatte und die Besitzentsetzung zweifellos nur im guten Glauben vorgenommen hatte. Es wird gesagt, dass die wider den erklärten Willen des Besitzenden erfolgte Besitzentsetzung widerrechtlich sei, selbst wenn sie vom Eigentümer oder dem sonst materiell Berechtigten vorgenommen wurde.

Umgekehrt stellt eine materiell widerrechtliche Handlung nur dann ein Spolium dar, wenn sie auch zugleich den Charakter des „formellen Unrechts" hat.

Ausgeschlossen von der actio spolii sind daher formell berechtigte aber materiell unberechtigte Handlungen von Behörden[4]).

Das kanonische Recht lässt die Klage im allgemeinen auch gegen widerrechtliche Verfügungen kirchlicher Behörden zu[5]). Die Praxis hält in erweitertem Umfang hieran fest, daher sind

---

[1]) Annalen des O.A.G. Dresden N.F. I S. 33.

[2]) Bähr, Urteile des R.G. „Spolienklage," S. 47 ff.

[3]) S.A. 31,111.

[4]) Bruns, Besitzklagen, S. 258.

[5]) S. die spolia per judicem, S. 78 ff.

gegen Staat nnd Gemeinden wegen Gehaltsentziehung Spolienklagen zulässig[1]). Die formelle Berechtigung ist vorhanden:

„Bei materiell-rechtlich bestreitbaren, der Rechtskraft fähigen gerichtlichen Verfügungen, die sich innerhalb der Competenzbefugnisse halten[2]),

bei Exekutionen durch Unterbeamte einer Behörde, denen ein formell richtiger Befehl zur Ausführung der Exekution seitens des Vorgesetzten erteilt ist. Gegen die Unterbeamten kann unbeschadet der Klage gegen die Behörde ebensowenig geklagt werden, wie im ersteren Falle."

Die Frage, inwieweit gegen einen Privatmann geklagt werden kann in den Fällen, wo eine die actio spolii begründende Verfügung oder Exekution einer Behörde zu Gunsten desselben vorliegt, richtet sich nach den allgemeinen, für die Passivlegitimation geltenden Grundsätzen[3]). Er haftet als Mandant bzw. Ratihabent oder spolii conscius, ausserdem nur auf die Bereicherung.

---

[1]) S. A. 19,46. Pfeiffer, Prakt. Ausführungen III 518 n. 52, III 848 ff. 509 ff.

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 258. Nur bei Nichtigkeiten ist die a. spolii anwendbar, und zwar nicht bei der heilbaren Nichtigkeit. Matthiae, Controv. lex. sub spol. V 3.

[3]) Bruns a. a. O., S. 259, anders Fleck, de int. U. V. et rem. spolii p. 119.

Dritter Abschnitt.

Klagegegenstand.

Cap. I. Klagegegenstand des Interdiktes Unde Vi.

Zur Begründung des Interdiktes Unde Vi wird drittens gefordert, dass der Gegenstand des Besitzes oder Nutzungsgenusses eine unbewegliche Sache sei[1]). Ausserdem geht das Interdikt auf Mobilia, die sich zur Zeit der Vertreibung auf dem Grundstück befanden[2]), nicht dagegen findet es bei Mobilien etwa allgemein Anwendung[3]).

Für das Justinianische Recht ist es streitig, ob auf Mobilia der Schutz des Interdiktes Unde Vi ausgedehnt sei. Das Gesetz, durch welches dies bestimmt sein soll[4]), ist die 1 7 C. 8,4). Weil dies Gesetz ohne nähere Bestimmung einer Klage unter dem Titel Unde Vi eingereiht ist, schliesst man daraus auf die Absicht einer Ausdehnung des Unde Vi auf die Mobilia.

Die Entstehungsgeschichte des im Jahre 389 als Einzelkonstitution von Valentinian, Theodosius und Arcadius erlassenen Gesetzes spricht zunächst gegen diese Annahme.

Sein Charakter als Einzelkonstitution liess nur seinen Inhalt allein, nicht irgend eine Beziehung zu anderen Gesetzen oder zu einer Titelrubrik in Betracht kommen.

Sein Wortlaut aber enthält nicht die geringste Andeutung auf das Unde Vi und keine Erwähnung der Mobilien. Ohne materielle Änderung kam das Gesetz später in den Codex Theodosi-

---

1) 1 1 D de vi 43,16: Hoc Interdictum pertinet . . . ad eos pertinet tantum, qui de solo dejiciuntur, ut puta de fundo sive aedificio: ad alium autem non pertinet.

2) 1 1 § 3—8, 1 3 § 15 de vi 43,16.

3) Ubbelohde a. a. O., S. 14 ff.

4) So Savigny a. a. O., S. 437 ff. 441. Wächter, Pand. II 100. Von Wenig-Ingenheim § 299. Randa a. a. O., S. 207.

anus als l 3 C. Th. U. V. 4,22, allerdings unter dem Titel Unde Vi, aber eine materielle Änderung lag nicht darin. Sein Inhalt sagt nichts davon, dass die Beschränkung des Interdikts Unde Vi auf die Immobilia aufgehoben sei. Aus der Stellung der l 7 aber unter der Titelrubrik Unde Vi darf man noch nicht einen Beweisgrund für die Anwendung des Interdikts Unde Vi auf die l 7 entnehmen. Sie kam dorthin wohl nur wegen der inneren Verwandschaft des Gebietes der Selbsthülfe mit dem des Interdikts Unde Vi. Justinian beliess das Gesetz an seinem Platze und gab ihm nur eine knappere Form, ohne von einer neuen Klage zu sprechen oder die Absicht der Erweiterung des Unde Vi anzudeuten[1]). Der Sinn der Stelle ist derselbe wie im Codex Theod., es solle der, welcher sich gewaltsam einer Sache bemächtigt, nicht nur diese selbst restituieren, sondern auch sein Eigentum daran verlieren, und falls ihm die Sache gar nicht gehöre, ihren Wert bezahlen. Freilich fallen von jetzt ab auch Mobilien unter diese Stelle. Es geht dies aus l 1 I. vi bon. rapt. 4,2 mehr hervor als aus dem Wortlaut der l 7.

Der gegnerischen Ansicht widersprechen ferner die klaren Aussprüche der Pandekten und Institutionen. Die ersteren beschränken das Interdiktum Unde Vi ausdrücklich auf Immobilien, die letzteren sprechen in l 1 vi bon. rapt. 4,2 von der Dreikaiserkonstitution[2]) ohne Bezug auf das Interdictum Unde Vi. Ebensowenig deuten sie die Absicht[3]), das Interdictum Unde Vi auf die Dreikaiserkonstitution zu beziehen, dort an, wo sie von ihrer Anwendung auf Mobilien nochmals bei der actio vi bonorum raptorum handeln. Eine Bestätigung für uns sind die Basiliken[4]) und ihre Scholien, sowie eine Stelle von Psellus[5]).

In einer Beziehung muss jedoch das Vorstehende ergänzt werden. Nach § 3 der l 1 h. t. wird das Interdikt auch bei der Dejection aus einem Gebäude angewendet. Nach § 4 cit. und l 1 § 8 cit. werden jedoch, wie insbesondere aus der letzten Stelle deutlich erhellt, auch hölzerne Gebäude irgend welcher Art, also

---

[1]) Wenn auch thatsächlich damit eine neue Klage gegeben war.

[2]) l 1 § 6 de vi 43,16 l 6 § 32, 33 cit. § 6 I. de interd. 4,15.

[3]) Vangerow III § 690 n. 2.

[4]) Basil. 60, 17 c. 7 § 4—6.

[5]) Bruns, Besitzkl., S. 173—178, Recht des Besitzes, S. 74—76.

nicht fundamentierte Gebäude, als Gegenstände des Interdikts Unde Vi angenommen, sofern sie nur in irgend einer Art z. B. mittels Pfählen mit dem Erdboden verbunden sind[1]). Die betreffenden Stellen lauten:

§ 4: **Et si quis** de area dejectus sit, sine dubio interdicto locus est: et generaliter ad omnes **hoc pertinet interdictum, qui** de re solo cohaerenti dejiciuntur; qualisqualis enim fuerit locus, unde quis vi dejectus est, interdicto locus erit.

§ 8: Plane si quis de ligneis aedibus dejectus fuerit, nemo ambigit interdicto locum fore, quia qualequale sit, quod solo cohaereat, inde qui vi dejectus est habet interdictum.

Mit Recht sagt Ubbelohde, dass nach diesen Stellen auch ein durch Pflöcke mit dem Boden verbundenes Leinwandzelt Gegenstand des Interdiktes Unde Vi sei und der aus einem solchen, auf dem gepachteten Grundstück aufgeschlagenen Zelt dejicierte Pächter das Interdikt haben müsse.

Die Frage des Accusius[2]): „sed quid de arbore?“ ist von Ubbelohde wohl dahin richtig beantwortet, dass man von einem als Sitz benutzten Baum dejiciert werden könne, ohne dass man auch aus dem Grundstück dejiciert sein müsse, in welchem er steht. Es wird Ubbelohde auch darin zuzustimmen sein, dass es als Dejection aus einer unbeweglichen Sache anzusehen ist, wenn der Sitz nicht in besonderer mit dem Baum verbundener Vorrichtung besteht. Nach allem ist aber auch von Ubbelohde[3]) der Satz anerkannt, dass völlig bewegliche Sachen nicht unter das Interdikt Unde Vi fallen[4]), auch nicht Fahrzeuge, und insbesondere nicht die grössten Schiffe.

Es frägt sich jetzt noch, ob man in der Bestimmung der 1 7 ein selbständiges neues Rechtsmittel oder eine Verfügung vor sich hat, die in der Wahl des Rechtsmittels ganz auf das frühere

---

[1]) Ubbelohde a. a. O., S. 10 ff.

[2]) Zu 1 1 § 8 cit,

[3]) a. a. O., S. 19.

[4]) Etwas anderes ist, dass bei Dejection aus einem Grundstück auch die dabei verlorenen oder Zerstörten beweglichen Sachen mit dem Interd. U. V. verfolgt werden. Dies ist deshalb der Fall, weil sie sich auf dem Grundstück befinden.

Recht verweist[1]). Hierüber ist man in der Litteratur nicht einig. Wählt man letzteren Ausweg, so müssten die actio vi bonorum raptorum oder actio ad exhibendum, die Condictio furtiva, eventuell die Publiciana und die rei vindicatio für den Mobiliarschutz herangezogen werden[2]), der Immobiliarschutz bliebe „durch das Unde Vi gesichert.“ Da die Annahme der rekuperatorischen Funktion der Interdikte retinendae possessionis auf Irrtum beruht, so ist diese Ansicht gezwungen, eine freilich in den meisten Fällen durch die obigen Rechtsmittel ausgefüllte Lücke, die doch eine Lücke ist, zuzugeben. Über ihre Bedeutung gehen die Ansichten ja noch weit auseinander, Kindel[3]) hält die Lücke für wenig fühlbar, andere halten sie für bedeutsam. Wir erachten eine Lücke lediglich als in der Theorie vorhanden. Die als selbständige condictio ex lege anzusehende Bestimmung der 1 7[4]) füllte die Lücke aus.

Der von gegnerischer Seite gegen eine condictio ex lege 7 gemachte Einwand, dass das Gesetz keine neue Klage aus 1 7 selbst hervorhebe, ist nicht viel wert. Die Geschichte der 1 7, ihre grosse Bedeutung nach den Aussprüchen von Justinian, Theophilus und Attalias in der Praxis dieser Zeiten spricht ebenso für uns, wie die Thatsache, dass die 1 7 im Occident den übrigen Schutzmitteln des Besitzes, insbesondere auch dem Unde Vi, thatsächlich, wenn auch nicht in der Theorie, alle Bedeutung nahm[5]). Ein weiterer dahin gehender Einwand, die Verdrängung des Unde Vi in der Praxis stimme damit nicht überein, dass noch von Justinian dem Unde Vi bei dem bekannten Verschmelzungsprozess der I. de Vi armata und de vi non armata erhöhte Bedeutung zugewendet sei, erledigt sich durch folgende Darlegung. Die Auf-

---

[1]) Thibaut. Arch. f. civ. Prax. I, S. 105 ff. Puchta § 135 a. Bruns S. 74—76. Bruns, Besitzkl. 177—178. Vangerow III § 690 A. 2. Ihering S. 136 ff.

[2]) Fritz, Besponsio ad quaest. pag. 6—12. Unterholzner a. a. O., II 115. Kindel, Gruch. XXII 209. Puchta § 135. Bruns, Besitzkl. 173—176.

[3]) Kindel, a. a. O., S. 155 ff.

[4]) Ruffini a. a. O. Teil I cap. 2 § 4, S. 46 ff.

[5]) Wäre in 1 7 lediglich die Verweisung auf einen Complex von Klagen des alten Rechts zu sehen, so hätte dies wohl der späteren Ausbreitung sehr im Wege gestanden.

hebung des Interdikts de Vi armata als eines selbständigen Rechtsmittels ist zurückzuführen auf die Konkurrenz, die das Gesetz ad 17 dem Interdikt de vi armata machte neben dem, was oben Seite 4 ff. erörtert ist. Beide Gesetze gelten für Fälle der schweren Gewalt, dies beweisen bezüglich der 17 deren Eingangsworte[1]). Die Condictio ex lege 7 musste infolge des wertvollen Umstandes, dass sie Eigentum gewährte, das nur den Besitz gebende Interdikt de vi armata in seiner Bedeutung abschwächen bezw. verdrängen. Daher die Beseitigung des Interdikts de vi armata in der Gesetzgebung, welche die Schritte der Praxis nun endgültig billigte[2]). Dagegen erschien der Fortbestand des de Vi non armata aus folgenden Gründen nötig. Auch Fälle, die keine vis publica oder privata darstellten, unterlagen dem Interdikt de non armata[3]), für welche die condictio ex 17 nicht zustand. Ferner gab es Fälle, in denen der Thatbestand der 17 gegeben war, wo aber der Betroffene nicht die 17 wegen der Inscriptio benutzen wollte, daher zum Interdikt de Vi non armata griff[4]). Dieses war nach der Verschmelzung der Interdikte auch hierfür zuständig. In dieser Ausführung sind die gesetzgeberischen Gründe für den Verschmelzungsprozess bereits angedeutet. Das Interdikt de Vi armata war gegenüber der cond. ex 17 nicht haltbar, das Interdikt de Vi non armata war wegen der Fälle, wo die vis publica fehlte, gegenüber 17 haltbar, man unterstellte dem vereinigten Interdikte auch die Fälle der schweren Gewalt und machte es damit auch in den Fällen anwendbar, wo man nicht die Inscriptio wollte. So ausgestattet zum Kampfe mit der cond. ex 17 nahm ihm der Gesetzgeber die exceptio vitii, um ihm freiere Beweglichkeit und damit eine weitere Lebensbedingung im Kampfe mit der 17 zu geben. Danach steht fest, dass nur in Rücksicht auf die besondere Ausgestaltung des vereinten Interdikts und die besonderen in Betrachtung kommenden Verhältnisse es diesem ermöglicht wurde, neben der Cond. ex lege 7 ein selbständiges Leben weiter zu führen[5]). Es ist aber

---

[1]) Ad tantam audaciam etc.
[2]) Münderlo, S. 81. Ruffini. a. a. O., S. I Cap. 2 § 4.
[3]) Vgl. S. 67 dieser Arbeit.
[4]) Appleton, De la possession S. 189.
[5]) Maynz D. Rom. § 90 n. 19. Ruffini, a. a. O., S. 53.

damit der Beweis geführt, dass im Justinianischen Recht neben einander stehen: ein strafendes für die Fälle der strafbaren Gewalt gegebenes Rechtsmittel, welches Mobilia und Immobilia umfasst, und anderseits ein civiles Rechtsmittel, das ausser den Fällen der strafbaren Gewalt auch die Fälle der nicht strafbaren Gewalt umfasste. Beide Rechtsmittel gingen nicht gegen den Dritten, beiden fehlte die exceptio vitii.

Diese für das Justinianische Recht gewonnene Rechtsstellung der beiden Rechtsmittel zu einander beseitigt alle weiteren Controversen bezüglich der Frage, ob das Unde Vi durch die 1 7 auch auf Mobilien ausgedehnt worden sein könne. Es mag nur noch hervorgeboben sein, dass eine solche Ausdehnung keinen praktischen Wert gehabt hätte. Gerade im wichtigsten Falle des Mobiliarbesitzschutzes, nämlich gegenüber der heimlichen Wegnahme einer Sache, wäre kein Schutz vorhanden gewesen; denn der Grundsatz der Fortdauer des Besitzes bis zur Kenntnis des Besitzers war für Mobilien nicht gegeben.

Eine über die Beschränkung auf Immobilien hinausgehende Ausdehnung des Interdiktes Unde Vi findet sich nur bezüglich des Verhältnisses des Usufructuars und Usuars. Während sonst Rechte als Gegenstand des Unde Vi ausgeschlossen sind, findet sich die Anwendung des Unde Vi bei den Personalservituten. Es erscheint auffällig, dass hier dasselbe possessorische Schutzmittel, welches nur dem Dominus der zum Ususfructus bezw. Usus eingeräumten Sache zusteht, auch dem zukommen soll, der durch die Befugnisse zur Ausübung des Rechts in den Stand gesetzt ist, aktuelle Macht über eine Sache auszuüben. In der That scheint die Anwendung des Interdikts streitig gewesen zu sein. Da man nämlich einen gleichzeitigen Besitz des Usufructuars und des Dominus nicht bestehen lassen wollte, und die possessio des ersteren auf eine von der possessio corporis des letzteren abgesonderte possessio juris bezog, so verwarf man auch die Zulässigkeit des Interdiktes Unde Vi. Man stellte eigene Interdikte mit veränderter Formel als utilia für den Rechtsbesitz auf. Dass diese

ediktmässig erteilt wurden, zeigt die Stelle in § 90 der Fragmenta Vaticana[1]).

In der Folge konnten sich diese besonderen Interdikte nicht halten. Ulpian[2]) hält das gewöhnliche Interdikt in der für den Sachbesitz bestimmten Formel auch als Besitzschutzmittel für das Verhältnis des Usufructuars und Usuars gegeben. Er betrachtet vermutlich die „Detention des dinglichen Rechts wegen gewissermassen als eine Art Naturalbesitz.“ Im Corpus juris ist Ulpians Ansicht allein zu finden.

Diese Darlegung des römischen Rechts zeigt eine nur allmähliche, noch latente und durch Reaktionen aufgehaltene Tendenz zur Ausdehnung des Besitzes und der Besitzklage auch auf Rechte.

Erst die Glossatoren und im erhöhten Masse das kanonische Recht führten diese Entwicklung durch. Die Glossatoren dehnten den Quasibesitz und die Restitutionsklage auf alle Rechte mit Ausnahme der Familienrechte aus[3]). Dies geschah unter dem Einflusse mittelalterlicher Vorstellungen und der neuen kanonischen Rechtsgestaltung gegen den Widerspruch einer vereinzelt dastehenden Richtung, der Azo angehörte[4]). Auch er konnte sich den neuen Einwirkungen nicht ganz entziehen, indem er für die Zehnten und Patronatsrechte Zugeständnisse machte[5]).

Ob der Gewere eine Bedeutung hierbei zuzuschreiben ist, hängt hauptsächlich davon ab, ob man annimmt, dass der Besitz der Rechte im germanischen Recht stets durch den Besitz derjenigen Sache vermittelt werden musste, mit der das Recht objektiv dinglich verbunden war. Bruns[6]) bejaht dies ebenso allgemein, wie dies Ruffini[7]) und andere ebenso allgemein verneinen. Man

---

1) si usu fructu legato legatarius fundum nactus ut est, competit (utile) interdictum, adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum U. P. utile hoc nomine proponitur et unde vi quia non possidet.

2) 13 §§ 13—17 de vi et de vi.

3) Ruffini a. a. O., S. 265 ff.

4) Ruffini a. a. O., S. 263 ff.

5) Landsberg, Quaestiones des Azo S. 80.

6) Bruns a. a. O.

7) Ruffini a. a. O. 267. ff.

wird eine Mittelmeinung aufstellen müssen. Nur bei solchen Rechten, die gegen den Besitzer eines Grundstückes gehen (Reallasten) und bei gewissen nutzbringenden Herrschaftsrechten wird im deutschen Rechte eine Gewere am Rechte anerkannt, ohne dass der Berechtigte eine Gewere am Grundstücke hat. Die Gewere ist hier aber nicht lediglich die faktische Rechtsausübung, sondern verlangt zuerst die Berechtigung[1]).

Die Einwirkung des deutschen Rechts auf die Entwicklung des Rechtsbesitzes ist gerade um deswillen schwer bestimmbar, weil es fraglich ist, wann zuerst römisches, kanonisches und deutsches Recht neben einander wirkten[2]).

Cap. II. Gegenstand der actio Spolii.

Die Begrenzung des Unde Vi hinsichtlich seines Gegenstandes teilt die actio spolii nicht mehr. Hier besteht kein Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien. Bezüglich der Anwendung auf letztere sind die Beispiele nur deshalb geringer, weil Besitzklagen bei Mobilien weniger oft als bei Immobilien vorkommen. Schon in den Decretalen sind Gegenstand der Klage Mobilia wie Immobilia, ferner sagt bereits Goffred[3]):

„Spoliatio est possessionis rei immobilis violenta et injuriosa dejectio vel mobilis rei ablatio.“

Die Consilien[4]) verschiedener Autoren haben Mobilia wie Immobilia zum Gegenstand der Klage.

Joh. Ant. de Georgio[5]) bestätigt dies auch weiterhin für die Theorie. Pontanus[6]) desgleichen zeigt diese allgemeine Ansicht[7]). Die Anwendung auf Mobilien verwirrte[8]) sogar die Behandlung des

---

[1]) Randa a. a. O., S. 486 2te Aufl.

[2]) vgl. Randa a. a. O., S. 485, anders Dunker, Zeitschrift f. deutsch. R. II

[3]) Goffred, Summa, Venedig 1564. De rest. spol. n. 1, S. 189.

[4]) Consil. — s. Bruns, p. 231 (Das Recht des Besitzes).

[5]) Joh. de Georg. Comm., S. 125.

[6]) Pont., de Spolio (Tract. Univ. jur. tom. XIV. lib. I cap. I, S. 277 n. 122. ebenso: Dec. R.R. (Buratto) dec. 271. Editio Rom. 1637.

[7]) S.A. 3,172.

[8]) S.A. 19,46.

Unde Vi. Unter den Mobilien, welche Gegenstand der Spolienklage sein können, werden in den Entscheidungen z. B. Dokumente[1]), Schiffe, Schuldscheine[2]), Hausgeräte, abgemähtes Getreide etc. genannt. Diese heutige Praxis beweist, dass keine Schwierigkeit bezüglich der Ausdehnung auf Mobilien besteht.

Ebenso unbestritten ist die actio spolii bei dem Quasibesitz zulässig. Im kanonischen Rechte wird die Spolienklage auf kirchliche und weltliche Hoheitsrechte[3]), auf die verschiedenen kirchlichen Ämter und Würden[4]), auf die damit verbundenen Beneficien[5]) und Pfründen, ferner auf Ehrenrechte[6]), sowie Patronats- und Wahl-Rechte[7]), Regalien, Reallasten insbesondere Zehnten[8]), endlich auf Familien-[9]) und Ehe-Rechte angewendet. Nirgends findet sich ein Prinzip angedeutet, auf welches die Quasipossessio bezüglich des Objektes gestellt wird, nirgends auch der Ausschluss gewisser Rechte von der Kategorie des Rechtsbesitzes. Dieser scheint soweit angenommen, als ein Spolium möglich ist[10]). Hier finden die früheren Ausführungen ihre Stelle. Die Doctrin des 12. und 13ten Jahrhunderts sowie Theorie und Praxis der folgenden Jahrhunderte richtete sich nach den Decretalen. Auch bei Obligationen nahm man Besitz an[11]), streitig blieb es aber immer, in welchem Umfange der Besitz bei Obligationen statthabe[12]). Nur bezüglich der radizierten obligatorischen Rechte war man einig in der Annahme des Besitzes[13]), hinsichtlich der rein persönlichen Obligationen verneinte man teilweise den Besitz, die später

---

1) S.A. 23,37.

2) S.A. 5,23. S.A. 24,212.

3) Bruns, Recht des Besitzes, S. 136 ff. Ruffini a. a. O., Pars. V, cap. I § 2 S. 361. ff. c. 2 de test. in VI to II 10.

4) c. 37 X de offic. jud. del. I, 29.

5) c. 7 X de rest. II 13.

6) c. 1 X ut. lite pend. II 16.

7) c. 24 X de elect. I 6, c. 3 X III 9. Ne sede vacante.

8) c. 19 X de rest. spol. II 13.

9) Geiger, Arch. XIII S. 293. Randa a. a. O., S. 473 und dort Citierte gegen Savigny, S. 616 und Duncker, Zeitschft. f. d. R. II 53.

10) Ruffini a. a. O., S. 419 ff.

11) Ruffini a. a. O., S. 383 ff. Bruns, a. a. O. § 34.

12) Bruns, a. a. O., S. 273. Ruffini a. a. O., S. 383 ff. 423 ff.

13) Bruns, a a. O., S. 273. Ruffini a. a. O., S. 381 ff.

herrschende Ansicht erklärte sich für Annabme eines status percipiendi [1]). Der Einfluss der einzelnen Rechte, des kanonischen bzw. germanischen ist früher erwähnt. Die spätere Theorie und Praxis folgte der vorhergehenden, streitig blieb auch vom 14. Jahrhundert ab die Frage des Besitzes bei rein persönlichen Obligationen [2]). Savigny liess den Rechtsbesitz nur bei allen Rechten zu, bei denen eine Störung möglich ist. Er beschränkte ihn auf die dinglichen Rechte und die Rechte deutschrechtlichen Ursprungs, die mit dem Besitz und Genuss von Grund und Boden verknüpft sind [3]). Savignys Ansicht wurde bald und ist noch jetzt die herrschende Lehre, zu ihren Gegnern gehören aber Bruns [4]), Windscheid [5]) etc. Die Praxis folgte ebenfalls teilweise Savigny [6]); ein anderer Teil widerstrebte [7]). In den Entscheidungen [8]) findet sich Besitz bei Servituten, Reallasten, Diensteinkommen öffentlicher Beamter, Familienrechten etc. angenommen [9]). Wir fassen den Rechtsbesitz in seiner heutigen Gestalt als einen dauernden, auf Fortwirkung in die Zukunft angelegten Zustand auf [10]).

Von einem Ehebesitze als Rechtsbesitz vermag unser heutiges Rechtsleben nicht mehr zu sprechen.

---

1) Ruffini a. a. O., S. 423. Bruns, a. a. O.

2) Bruns a. a. O. Ruffini a. a. O. Kappler, Freib. Inaug. Diss. Zur Lehre vom Besitz S. 45 ff.

3) Savigny a. a. O., S. 614 bzw. 505. Puchta, Pand. § 139 a.

4) Bruns a. a. O., S. 422, 423.

5) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 747 § 164 n. 18 und dort Citierte.

6) Würtemb. Praxis.

7) Matthiae I, S. 122.

8) S.A. 7,421. 12,241, 340. 13,32. 4,120. 18,250. 16,115. 17,46. 19,252

9) Buchka und Budde, Entsch. d. O.A.G. Rostok III No: 26. Kierulff E. d. O.A.G. Lübeck 1865, S. 253 ff.

10) Dernburg, Pand. 4. Aufl. § 191.

Vierter Abschnitt.

Passivlegitimation.

Cap. I. Passivlegitimation bei dem Unde Vi.

Das Interdikt Unde Vi geht selbstverständlich in erster Linie gegen den Dejicienten [1]. Als Dejicient im weiteren Sinne erscheint auch derjenige, der den Auftrag zur Dejection erteilt hat, auch gegen ihn schreitet das Interdikt ein [2] [3]. Damit ist das frühere Erfordernis persönlicher Dejection beseitigt.

Die Haftbarkeit des Dejicienten ist unabhängig davon, ob er von der Dejection Vorteil hat oder nicht. [4] Auch wenn der Dejicient den Besitz ohne Dolus verloren [5], ja sogar wenn er ihn nie erlangt hat [6], kann er mit dem Interdikt in Anspruch genommen werden.

Das Interdikt geht ferner gegen denjenigen, der für die Handlungen des Dejicienten verantwortlich ist [7], so besonders gegen den Gewalthaber infolge von Handlungen des Gewaltunterthänigen.

Der Pater familias hat sogar für die Dejection einzutreten, die ohne oder gegen seinen Willen von der familia [8]) begangen

---

[1]) 1 1 § 42 D. h. t.

[2]) 1 3 §§ 10—12 h. t. 1 1 § 11—14 D. de vi 43,16.

[3]) Die nachfolgende Genehmigung wurde der Anstiftung gleich gestellt 1 1 § 14 D. h. t.

[4]) Savigny a. a. O., S. 429, 430.

[5]) 1 1 § 42 D. h. t. 1 15 1 16 D. h. t. 43,16.

[6]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 66 ff. 1 1 § 13 D. h. t. 1 4 § 22 D. de usurp. 41,3.

[7]) 1 1 § 13 D. h. t. 1 4 § 22 D. de usurp. 41,3. 1 1 § 42 h. t. 1 15 1 16 D. h. t. 1 1 § 15—20 D. h. t.

[8]) Über den Umfang des Begriffes familia s. Ubbelohde, S. 88 ff.

7*

ist, wobei letztere im weiteren Sinne in erster Linie mit Bezug auf die Sklaven zu verstehen ist[1]).

Eine Erleichterung für den Dominus besteht in der Möglichkeit der noxae datio, wodurch Befreiung von der Haftung eintritt[2]).

Der dritte Besitzer ist prinzipiell nicht haftbar, ohne Rücksicht darauf, ob er in den Besitz mit oder ohne Kenntnis der Dejection gekommen ist.

Wer aber durch eine Dejection, die in seinem Namen ohne seinen Willen geschehen ist, unmittelbar[3]) etwas in Besitz bekommen hat, haftet insoweit[4]).

Die Erben haften nur in id quod ad eos pervenit[5]) dolove malo facto factum est quominus perveniret[6]).

Der Singularsuccessor ist frei von jeder Haftung[7]). Geiger[8]) kämpft hiergegen an mit Berufung auf 1 1 § 14 D. h. t. Er mischt aber zwei nicht analoge Fälle zusammen.

Gegen die Eltern darf seitens der Kinder, gegen den Patron seitens der Freigelassenen nicht mit dem Interdikte vorgegangen werden, zu diesem Zwecke ist nur die actio in factum möglich.

Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn die Dejection durch die Eltern bzw. den Patron mittels vis armata geschah[9]).

Dann steht den dejicierten Kindern bzw. Freigelassenen das Interdikt selbst zu, da man in diesem Falle die schuldige Achtung bei Seite lassen konnte.

---

[1]) D. 43. 16, 1, 16. Auch fremde Sklaven, die der Impretat besitzt, gehören zur familia. 1 1 § 18. h. t. s. Ubbelohde, S. 92. Die familia begreift aber auch die in mancipio Befindlichen und die Hauskinder. 1 195 § 3 D. de V. S. 50,16 Ubbelohde, S. 93.

[2]) 1 1 § 15 D. h. t.

[3]) Wer den Besitz einer dem Dejicierten abgenommen Sache erst erwirbt, nachdem der Dejicient oder ein Dritter den Besitz erworben hatte, haftet nicht. l. 7 h. t. l. 3 1 10 Ubbelode, S. 86.

[4]) 1 1 § 15 1 4 de vi vgl. hier Ubbelohde V 1, 82, 83, der richtig ausführt, dass bei handlungsfähigen Personen diese Haftung selten eintritt, da die rechtliche Möglichkeit der Restitution ohne Besitz nicht denkbar ist, zum Besitzerwerb aber der Wille des Prinzipals gehört und in der Erklärung dieses Willens eine in solidum verpflichtende Genehmigung liegt.

[5]) 1 1 § 48 1 3 pr. §§ 1,18 D. h. t.

[6]) 1 2 D. h. t

[7]) 1 7 D. h. t.

[8]) Geiger a. a. O., S. 260.

[9]) 1 1 § 43 h. t. 1 7 § 2 D. de obseq. par 37,15.

Cap. II. Passivlegitimation bei der actio spolii.

Das kanonische und gemeine Recht haben, ihrer entwickelten Rechtsnatur entsprechend, die Spolienklage bezüglich ihrer Passivlegitimation in mehrfacher Beziehung über den dem Unde Vi zugewiesenen Kreis hinaus erstreckt.

Insofern mit ihr mittelbare und unmittelbare Urheber des Spoliums belangt werden können, bleibt es im wesentlichen bei den Grundsätzen des Interdikts.

Eine Ausdehnung findet sich zunächst darin, dass die Klage gegen die Erben schlechthin geht[1]) nicht bloss wie bei dem Interdikte auf das, was sie aus dem Spolium des Erblassers erhalten haben.

Gegenüber denen, welche die Erben wie im römischen Recht haften lassen wollen, beziehen wir uns auf C. 5 X de rapt[2]).

Ferner sind vom gemeinen Recht die dem Interdikt noch auferlegten, sich auf patriarchalische Verhältnisse gründenden Beschränkungen beseitigt.

Daher ist die actio spolii anwendbar auch gegen Personen, denen man Ehrerbietung schuldet[3]), wo im römisehen Recht nur die actio in factum möglich war. Nach c. 7 u. 15 kann selbst gegen Bischöfe von Untergebenen geklagt werden, auch ist die Klage unter Ehegatten zulässig[4]). Voraussetzung ist dabei, dass ein des Spoliums beschuldigter Ehegatte weder aus dem Standpunkte der ehelichen Vogtschaft noch aus dem der ehelichen Gütergemeinschaft ein freies Verwaltungsrecht am Vermögen der Frau hat[5]).

Beklagter ist im Gegensatz zur Passivlegitimation des Interdikts auch der bei dem Erwerbe der spoliierten Sache spolii conscius gewesene Dritte.

---

[1]) c. 5 X de rapt.

[2]) Thibaut a. a. O., § 250 anders: Wenig-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts, München 1823, S. 300. Makeldey, Lehrb. des r. Rechts, 4. Aufl. Halle 1844 Bd. 2 § 234, Schweppe, das röm. Privatrecht Bd. 3, 4. Aufl. § 560, von Holzschuher, Civilrecht II § 90.

[3]) c. 7 X de rest. spol. 2,13.

[4]) Von Holzschuher, Civilrecht II § 90, S. 70, c. 10 X de rest. spoliat S.A. III 197.

[5]) S.A. III 197.

Die in Betracht kommende Gesetzesstelle ist das c. 18 von Innocenz III.

Beklagter ist hier zunächst ein Dritter, aber nicht jeder Dritte, sondern nur der bösgläubige Dritte, der zur Zeit des Erwerbes spolii conscius war.

C. 18 enthält zwei Voraussetzungen der Passivlegitimation, einmal den Übertragungsakt von dem Spolianten auf den Dritten, in den Worten:

„Per spoliatorem in alium re translata"

und als zweite Bedingung die mala fides des Dritten, nämlich seine Kenntnis von dem Spolium des Vorgängers[1]). Letzteres sagt c. 18 mit dem Ausdruck:

„si quis scienter rem talem receperit, eum spoliatori."

Hiermit ist jede andere Art von mala fides, die nicht in der Kenntnis des Spolium selbst besteht, ausgeschlossen, ferner ist aber auch jede mala fides superveniens bedeutungslos.

Nicht als Beklagter in Anspruch zu nehmen ist der Dritte, der den Spolianten wieder spoliiert hat.

Abzulehnen ist daher die Passivlegitimation in allen Fällen, wo der Beklagte ohne Rechtsgrund besitzt[2]). Auf falschem Grunde ruht daher eine Entscheidung des O.A.G. Wolffenbüttel[3]), die sich auf diese von Bruns früher verteidigte[4]), jetzt aufgegebene Ansicht stützt. Einen Besitz ohne allen Rechtsgrund kann man deshalb nicht anfechten, weil Klagen aus blossem Besitze, die bei dem Kläger keine bona fides und keinen Titel fordern, auch bei dem Beklagten keinen Titel oder Nachweis der bona fides verlangen dürfen[5]).

Die Rechtfertigung der Klage gegen den Dritten spolii conscius geschieht durch die Annahme einer gleichsam nachträglichen Teilnahme des Dritten an der Spoliation. Der Dritte, der spolii conscius ist und sich den Besitz mala fide vom Spolianten übertragen lässt, ist gleichsam ein successor des Spolianten, d. h. er muss

---

[1]) Bruns, die Besitzklagen, S. 246 ff.

[2]) Bruns a. a. O. S. 248.

[3]) S.A. 23,137.

[4]) Bruns, Jahrb. d. gem. d. R. 4, 68—70, ebenso Windscheid § 162 n. 10

[5]) Bruns, Besitzklagen, S. 248.

behandelt werden, als ob er selbst die Dejection ausgeführt hätte (Hehler wie der Stehler)[1]). Hierin besteht der Unterschied zwischen kanonischem und römischem Recht. Letzteres lässt den Dritten nur haften, wenn die Dejection zu Gunsten des Dritten geschah oder von ihm genehmigt wurde, wie oben besprochen ist.

Offenbar besteht einmal die Möglichkeit, durch klare Grenzlinien die Haftbarkeit dritter mala fide possessores spolii conscii von allen sonstigen Fällen der mala fide possessio abzugrenzen, andererseits ist unzweifelhaft der Wille des Gesetzgebers darauf gegangen, im c. 18 eine solche Grenze zu ziehen.

Ziebarth[2]) sucht dagegen nachzuweisen, die Beschränkung auf den mala fide possessor spolii conscius sei undurchführbar und widerspreche dem C. Saepe, notwendig sei die Ausdehnung auf alle mala fide possessores. Seinen Beweisgrund für letztere Behauptung findet er in den Worten: „alienas res injuste detinere.“ In diesen Worten sei die Beschränkung auf den spolii conscius nicht vorhanden, die vom Gesetz in den Vordergrund gestellte Kenntnis des Spoliums sei daher nur ein Beispiel.

Ziebarths Ansicht steht entgegen, dass die Worte der Bestimmung klar sind, man daher nicht aus den von dem Papste aufgeführten Gründen darauf schliessen darf, der Papst habe seine Verfügung allgemeiner halten wollen. Die Beschränkung der Passivlegitimation auf die mala fide Drittbesitzer spolii conscii entspricht allein den Zwecken und Zielen, welche Innocenz III. mit dem c. 18 verfolgte. Diese sind nicht in den besonderen politischen Absichten zu suchen, die ihm Bruns[3]) unterschiebt. Letzterer sagt, Innocenz habe sich mit diesem Kirchengesetze besonders an die weltlichen Richter wenden wollen, um die Wiedererlangung des in weltliche Hände geratenen Kirchengutes zu erleichtern. Aus politischer Klugheit habe er es unterlassen, die ganze Konsequenz der Prinzipien auszusprechen, von denen er ausging. Vielmehr habe er sich, um die Richter leichter zu gewinnen, möglichst eng an das römische Recht gehalten und dies in den Worten: „rigore civilis juris non obstante“ noch betont. Bruns ist

---

[1]) Bruns, Besitzklagen, S. 246.
[2]) Ziebarth a. a. O., S. 271.
[3]) Bruns, Besitz im Mittelalter, S. 180.

nicht beizutreten[1]). Zunächst ist es auffällig, dass er zur Erklärung ausserhalb des Privatrechtsgebietes liegender Momente bedarf. Ferner sind für die ganze Unterstellung keinerlei Anhaltspunkte vorhanden, abgesehen davon, dass in dieser Zeit die päpstliche Macht sehr gross war. Innocenz würde ferner durch die Sanktionierung des im C. Redintegranda zu Tage getretenen Gewohnheitsrechts eher zum Ziele gelangt sein wie durch Aufstellung des c. 18. Gerade bei der damaligen Macht des Papstes, auf die Bruns hinweist, müsste es Innocenz leicht gewesen sein, weltliche Gerichte ebenso wie geistliche Gerichte unter eine gesetzliche Sanktion des c. Red. zu beugen, zumal da hierin die Praxis vorgearbeitet hatte[2]). Hätte aber der Papst wirklich aus Rücksicht auf die weltlichen Richter das canon Redintegranda nicht einführen wollen, so wäre es seinen Zwecken entsprechender gewesen, sich mit dem c. 18 nur an diese zu wenden. Es bleibt dabei unerklärt, warum Innocenz auch den geistlichen Richtern die Anwendung des canon Redintegranda nimmt.

Ebensowenig hat den Papst der moralische Gesichtspunkt vorwiegend beeinflusst, dass die Passivlegitimation bei dem Unde Vi wie bei dem Canon Redintegranda nicht der Gerechtigkeit entsprechend normiert sei[3]). Man sagt der Papst habe das c. 18 geschaffen, weil er fand, dass der dritte Besitzer mala fide nach römischem Recht zu Unrecht nicht haftbar sei, nach dem Canon Redintegranda aber der Drittbesitzer bona fide demjenigen mala fide ebenso ungerechter Weise gleichstehe. Der Papst spricht aber, was die Hypothese nicht rechtfertigt, nur von dem civilen Rechtsmittel mit den Worten: „non obstante juris civilis rigore“, während er das Motiv, aus dem er das Canon Redintegranda zurückweist, gar nicht nennt. Als Beweggrund für die Aufstellung des c. 18 bezeichnet Innocenz selbst die Thatsache, dass die schwere Durchführbarkeit des Eigentumsbeweises den Spoliierten oft schutzlos lasse. Daher darf nicht ein anderer Beweggrund in erster Linie stehen, der zudem nie von den Autoren, die auf Innocenz folgten, hervorgehoben[4]) wird.

---

1) Wie hier Ruffini a. a. O., S. 347.
2) Ruffini, S. 347 ff. vgl. auch Kappler, a. a. O. S. 50 ff.
3) Ebenso Ruffini a. a. O., S. 347 ff.
4) Ruffini a. a. O., S. 347 ff.

Auf die Zwecke des Papstes deutet genügend jener Satz: „propter difficultatem probationum juris proprietatis.“ Danach war es ihm darum zu thun, die Beraubten besser bezüglich der Sachen zu schützen, die sich in den Händen Dritter befanden und die ihnen bei der Beschränkung auf die rei vindicatio leicht verloren gehen konnten. Diesen wertvollen Gedanken will Innocenz III. gesetzgeberisch ausnutzen, insoweit das Civilrecht modifizieren [1]).

Woher aber jener Gedanke stammt, darüber verliert der Papst kein Wort, obgleich wir genau wissen, dass bereits damals die condictio ex canone in der Litteratur feststand. Dieses Schweigen vom C. Redintegranda beweist uns, dass Innocenz dem Rechtsleben die Vorteile, welche das neue Rechtsmittel mit sich brachte, wohl sichern wollte, dass er aber zugleich einem Rechtsmittel von obskurer Herkunft, das eine beträchtliche Ausdehnung gewonnen hatte, im Wege der Gesetzgebung jede Beachtung nehmen wollte. Die Gründe des Papstes können wohl nicht zweifelhaft sein, wenn man sein Verhalten mit demjenigen des ihm zeitlich nicht weit voraufgehenden Gratian vergleicht. Gratian liess die ihm sicher bekannte Unterströmung der Praxis, die aus dem Canon Redintegranda etwas anderes als es vorher gewesen war, unbeachtet, weil sie nach seiner Ansicht Missbräuche darstellte [2]). Auch Innocenz ging diesen Weg anders als viele Dekretisten, die sich dem mächtigen Einfluss der Praxis fügten, wie Seite 10 dargestellt ist. Um dieses „jus commentitium“ zu brechen, trat Innocenz III. ihm mit dem C. 18 entgegen. Letzteres enthielt diejenigen Vorteile ebenfalls im wesentlichen, die das Canon Redintegranda vor der römischen Passivlegitimation des Unde Vi voraus gehabt hatte. Soweit wollte er aber die Passivlegitimation des Canon Saepe nicht austatten, dass sie etwa sich in das Uferlose verlor, vielmehr sie durch die Beschränkung auf die spolii conscii mala fide Drittbesitzer in klarer Weise beschränken.

Bei der Begründung der Bestimmung des Canon Saepe verlor aber der Jurist Innocenz die Herrschaft über den Theologen Innocenz und dadurch wird es erklärlich, dass die Worte injuste

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 347 ff.

[2]) Ruffini, a. a. O., S. 347 ff.

detinere“ in die Begründung mit kamen. Der Papst räumte danach dem oben genannten moralischen Gesichtspunkt die Stelle eines untergeordneten Kriteriums ein, blieb aber hier gerade für einen Augenblick im Banne der (Theologie) Moraltheologie so sehr, dass er das juristische Hauptkriterium nicht genügend an die erste Stelle rückte[1]).

Jedenfalls zeigt diese Betrachtung, dass von der Ziebartschen Auslegung des C. 18 nicht die Rede sein kann.

Wenn behauptet ist, dass das C. 18 lediglich als historisches Durchgangselement aufzufassen sei, so ist schon oben Seite 75 eingehend nachgewiesen, dass die Annahme, das C. 18 stelle nur ein Compromiss zwischen den Anhängern der dinglichen Klage des deutschen Rechts und den römisch Gesinnten dar, irrtümlich ist. Dem Zeitverhältnis nach steht die Condictio ex canone vor dem Canon Saepe.

Damit sind die auf das Canon Saepe gestützten Behauptungen Delbrücks und Ziebarths zurückgewiesen.

Nachdem die Auslegung des C. 18 und die Aufdeckung des zeitlichen Verhältnisses des C. 18 zum Canon Redintegranda alle Vereinigungsversuche vernichtet hat, haben wir noch jene Behauptung Delbrücks, dass die Spolienklage, soweit sie gegen den dritten Besitzer geht, die dingliche Klage des deutschen Rechts darstelle, vom Standpunkt der Passivlegitimation anzugreifen.

Es ist schon früher nachgewiesen, dass Delbrück der Gewere eine andere Rolle giebt, als sie gehabt hat[2]). Daraus allein folgt bereits die Unrichtigkeit der obigen Behauptungen. Es ist ferner dargethan, dass eine gegen den dritten Besitzer an sich gehende Klage durchaus nicht petitorischer Natur sein muss[3]). Es ist nur noch zu zeigen, dass die Ausdehnung der Passivlegitimation auf den dritten Besitzer an sich nie communis opinio im Mittelalter gewesen ist[4]), und dass diese Ausdehnung, die auf der so-

---

[1]) Ruffini a. a. O., S. 347 ff.
[2]) S. 72 dieser Arbeit.
[3]) Vgl. S. 26 dieser Arbeit.
[4]) Vgl. Bruns, Besitz, S. 177 ff. 220 ff.

zialen Organisation des Mittelalters beruhte[1]), gänzlich aufgegeben wurde, sobald man mit Eintritt besserer Ordnung in den Staaten erkannte, dass eine solche Ausdehnung für die Verhältnisse der Neuzeit nicht passe[2]).

Delbrücks eigene Worte: „von dem Augenblick an, wo man den Satz aufgab, dass sie gegen den Dritten gehe, war die Spolienklage nicht mehr fähig, die dingliche Klage des deutschen Rechts in sich zu beherbergen“ scheinen das eben von uns Ausgesprochene zu bestätigen.

Von den mittelalterlichen Juristen steht eine grössere Anzahl auf der Seite von Innocenz III.

Delbrück[3]) sieht infolge unrichtiger Auslegung[4]) einer Stelle von Innocenz IV.[5]) in diesem nicht einen Gegner, sondern einen Anhänger der Klage gegen jeden gutgläubigen Besitzer. Er meint nur, Innocenz IV. habe mit sich nicht darüber einig werden können, in welchem Verhältnis c. 18 zum canon Redintegranda stehe. Die von Delbrück in Bezug genommenen Worte: „Intelligo hanc decretalem bis „spoliatione“ geben die Klage nur gegen den ersten Besitzer, den Okkupanten, ohne Rücksicht auf mala fides. Es liegt hier kein anderer Gedanke zu Grunde als der, welcher bei den saltus aestivi trotz der Okkupation durch einen andern, der in bona fide sein kann, den Besitz derselben fortdauern lässt. Gegen den successor giebt Innocenz die Klage nur bei mala fides[6]).

Keine Bestätigung der Ansicht von Delbrück findet sich in einer weiteren Stelle[7]) von Innocenz IV., welche die gleiche Auffassung wie die erste Stelle hat.

Unter den Canonisten erscheint das Verhältnis des Canon 18 zum Canon Redintegranda noch ungeklärt.

---

[1]) Vgl. Ruffini a. a. O., S. 399 ff. Kappler a. a. O. S. 53 ff

[2]) Bruns, Besitzklagen, S. 224 vgl. Ruffini a. a. O., S. 399. Delbrück a. a. O., S. 171 ff.

[3]) Delbrück a. a. O., 158 ff.

[4]) Vgl. Ruffini a. a. O., S. 340 a 1.

[5]) Innocenz IV. Commentaria, Turin 1581, De rest. spol. fol. 94 n. 6

[6]) Meischeider a. a. O., S. 147.

[7]) Ruffini, S. 358.

Goffred[1]) stellt die beiden Rechtsmittel einfach neben einander. Hostiensis[2]) folgt ihm, Ancharanus[3]) schliesst sich an diesen an. Imola[4]) sagt vom c. 18: es sei „non necessarium sed utile.“

Bezüglich der Nebeneinanderstellung der beiden Rechtsmittel können wir Ruffini[5]) beistimmen, der gegenüber Bruns diese Autoren damit entschuldigt, dass der Vielheit von Gerichtsbarkeiten und Rechten und der kleinlichen Casuistik eine Vielheit von selbst überflüssigen Klagen entsprechen musste. Eine grosse Anzahl von Autoren, darunter Calderini[6]), bezieht die cond. ex c. Redintegranda[7]) auf kirchliche Sachen und Geistliche, c. 18 wendet sie auf die Laien und Sachen von Laien an.

Unter den Legisten erkennen Cinus[8]), Angelus de Ubaldis[9]) nur das c. 18 an, Butrigarius[10]), Bartolus[11]) und Baldus[12]) beschränken die cond. ex can. Red. betreffs des dritten Besitzers auf den Fall, dass dieser „causam possessionis habet ab invasore,“ ebenso Mainus[13]). Alciat[14]), Ripa[15]) zu Anfang des 15. Jahrhunderts halten sich an Innocenz, Menochius[16]) erklärt den Drittbesitzer, welcher Singularsuccessor bona fide ist, und den Drittbesitzer, der bona fide und tituliert ist und eine Sache von einem Besitzer

---

1) Goffred, Summa De rest. spol. Venedig 1564, S. 191 n. 5 ff. 6 ff.

2) Henr. de Seg. (Hostiens). Summa aurea lib II De rest. spol., Coloniae 1612, S. 488 ff. n. 6 ff.

3) Ancharanus, Comment. in Dec. Bolog. 1581, S. 176.

4) Imola, Comm. Lugd. 1551, vol II zu c. XVIII De rest. spol.

5) Ruffini, S. 351

6) So auch Panormitanus, Comm. fol. 191. S. Georg. Comm. z. Decret. fol. 105 n. 5.

7) Calderini kennen wir aus den Consilien von Barbatia.

8) Cin. in 1 5 C. 8,16.

9) Angel. de Ubald. Cons. 157 S. 80.

10) Butrig in 1 2 C. de furt.

11) Bart. in 1 15 de poss.

12) Bald. Cons. III 307:

13) Prima Dig. novi, De poss., 1 15 Turin 1592 p. 113 n. 16, 19.

14) Alciat, Comm. ad l. 15 no: 10.

15) Ripa, Comm. Lugduni 1585 fol. 210 n. 24 bis 27.

16) Menochi, De recup. poss. Remed. XV n. 50—52.

bona fide und cum titulo hat, nicht für passiv legitimiert. Costa[1]) und andere bekämpfen ferner die Ansicht von Hondedeus[2]) und Farinacius[3]), welche den Dritten haften lassen.

In der deutschen Praxis wird die Verwerfung der Passivlegitimation des dritten Besitzers an sich mit der Besserung der socialen Zustände mehr und mehr angenommen. Geyl[4]) tritt noch vor den Franzosen und Holländern gegen die Haftung des dritten redlichen Besitzers auf, Giphanius[5]) spricht sich unter Berufung auf Innocenz IV., Bartolus, Ripa, Menochi, Cujaz gegen das Canon Redintegranda aus, Bachow[6]) erklärt sich gegen die Haftung des redlichen Drittbesitzers, Harpprecht[7]) und Ziegler[8]) nehmen nur das c. 18 an. Die Anhänger der Gegenpartei können offenbar nur mühsam ihre Ansicht aufrechthalten, meist nur mit der Begründung, dass die Praxis der Haftung des Drittbesitzers bedürfe[9]). Seit Beginn des 18. Jahrhunderts verliert sich, insbesondere nach dem Auftreten Böhmers[10]), die Ausdehnung der Passivlegitimation auf jeden Drittbesitzer ganz, da auch die Praxis dieser Ausdehnung bei dem mehr und mehr konsolidierten Rechtszustande nicht mehr bedarf.

Diese Geschichte der Passivlegitimation der actio spolii erweist uns, wie unhaltbar es ist, auch für die Jetztzeit die Ausdehnung der Klage auf den Drittbesitzer an sich zu verlangen. Nur ein Übersehen der in den verschiedenen Zeiten verschiedenartigen Rechtsbedürfnisse führt zu einer solchen Behauptung[11]). Ergänzend kommen hier die Betrachtungen Seite 26 ff. hierzu, welche nachweisen, dass auch vom systematischen Gesichtspunkt es nicht

---

[1]) Costa, tract. de remed. subsid. Rem. 49 fol. 149.

[2]) Honded. Consil. I 17 fol. 97.

[3]) Farinac. III 37 fol. 57.

[4]) Geyl, Obs. II 75 no. 10—12.

[5]) Explan. in libr. VIII cod. prolegom. de remed. poss. marg. de cap. Reint.

[6]) Ad. Treutl. disput. II 25 thes. 6 D.

[7]) Harpprecht, Comment. in institut. § 6 de interd. no. 22 ff.

[8]) Ziegler, prael. in decr. z. can. Red.

[9]) siehe die bei Meischeider a. a. O., S. 167 ff. Citierten.

[10]) Böhmer, Exercit. 91 ad pand. lib. 43 tit. 16. De depravato except. spolii statu. §§ 3, 4.

[11]) Vgl. die Ausführungen bei Meischeider, S. 169.

möglich ist, die Spolienklage wegen ihrer früheren Ausdehnung auf den dritten Besitzer als dingliche Klage anzusehen, dass dies vielmehr nur den Zeitverhältnissen zuzurechnen sei.

Ebensowenig berechtigt als die Delbrück'sche Ansicht ist die engherzige Auffassung Puchtas[1]), die das Canon Saepe nicht anerkennen will. Puchta sagt, die Idee des Besitzes bringe es mit sich, dass er nur gegen denjenigen geschützt werden könne, der den Besitz unmittelbar angetastet hat. Er verkennt die in dem Canon Saepe enthaltenen gesunden Anschauungen der neuen Zeit.

---

[1]) Puchta, Pand. § 135.

Fünfter Abschnitt.

Beweislast.

Hinsichtlich der Beweislast ist die Behandlung des Interdikts Unde Vi und der actio spolii dieselbe. Die Beweiserleichterung, die Dernburg [1]) dem Kläger bezüglich der Spolienklage zugestehen will, lässt sich nicht rechtfertigen. Er stellt die Vermutung der Widerrechtlichkeit der Besitzentziehung auf, die durch den eventuellen Gegenbeweis des Beklagten entkräftet wird. Eine solche Beweiserleichterung ist heute unstatthaft. Früher ist schon nachgewiesen [2]), dass die dritte Placentinische Präsumtion nur teilweise in der Praxis auftrat und später aufgegeben wurde, ebenso ist bereits die bei Innocenz IV. [3]) und nicht bei Hostiensis [4]), wie Ruffini und Delbrück sagen, zuerst erschienene Präsumtion des älteren Besitzes [5]) gelegentlich des Klagegrundes früher erwähnt [6]). Bezüglich dieses Streites über das erste Auftreten der Präsumtion ist hier nur zu sagen, dass es künstlich erscheint, wenn Ruffini [7]) die Widersprüche bei Hostiensis wegleugnet [8]). Er erklärt, der Beweis der beiden Momente, des Besitzes zur Zeit des

---

[1]) Dernburg, Pand. § 189 n. 11.

[2]) Siehe S. 7 ff. dieser Arbeit.

[3]) Innocenz IV, Comm. in V lib. Decret. De rest. spol. c. 18 n. 1. Turin 1581 p. 98.

[4]) Hostiensis, Comm. de rest. spol. c. 15 n. 5. fol. 57.

[5]) Ruffini a. a. O., S. 357 ff.

[6]) Siehe Seite 75 dieser Arbeit. Die Rota unterscheidet das extremum primum, d. h. die possessio antiquior des Klägers und das extremum secundum, d. h. die possessio junior des Beklagten. Ruffini, S. 388 ff.

[7]) Ruffini a. a. O., S. 367.

[8]) Ebenso Bruns, Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts IV, p. 59.

Spoliums und der Thatsache des Spoliums, sei nur von Hostiensis theoretisch als Beweisregel aufgestellt, praktisch habe er die Präsumtion angenommen.

Ohne auf den Punkt einzugehen, genügt es für uns, dass die Präsumtion, die auch im Mittelalter z. B. von Pet. de Ferrariis und andern bekämpft wurde, später, nachdem sie nie communis opinio geworden war[1]), mit den übrigen petitorischen Elementen zugleich aus den bekannten, in den Verhältnissen der Neuzeit liegenden Gründen ausgestossen wurde. Sie wäre heute geeignet, Rechtsunsicherheiten hervorzurufen, wie dies der vom Reichsgericht behandelte Fall beweist. Die von Bähr[2]) erhobenen Gegengründe sind durch den Hinweis auf die freie Beweiswürdigung zu beseitigen.

Bähr setzt den Fall, dass jemand, der nachweisbar ein Grundstück seit Jahren besass und bewirtschaftete, dasselbe im Frühjahr, als er es bestellen wollte, vom Nachbar beackert und besät fand. Bähr und Dernburg a. a. O., S. 447 n. 11 fragen: Soll er, wenn er darauf hin die Spolienklage anstrengt, ausser dem Besitz beweisen, dass sein Nachbar keinen Grund für die Besitzergreifung gehabt habe!

---

[1]) Vgl. über die Bekämpfung der Präsumtion im 17. und 18. Jahrh. Bruns, Recht des Besitzes, S. 396. vgl. auch bes. Cramer. observ. V, S. 1371.

[2]) Bähr, Urt. des R.G., S. 37 ff.

Sechster Abschnitt.

Einreden.

Von den in Betracht kommenden Einreden ist nur diejenige der Verjährung hervorzuheben, von der Zulassung petitorischer Einreden kann gemäss den oben Seite 20 aufgestellten Grundsätzen und der Geschichte der gemeinrechtlichen Rekuperations-Klage nicht mehr die Rede sein. Sowohl bei dem Unde Vi wie bei der Spolienklage sind die petitorischen Einreden zusammen mit den übrigen schon genannten Ausdehnungen der Klage beseitigt, und zwar, wie Delbrück gegenüber betont wird, mit vollem Recht[1]). Schon der Hinweis darauf, dass Menochi[2]) die exceptio dominii ausschliesst, genügt zur Widerlegung der Ansicht von Delbrück, im Mittelalter habe man diese exceptio allgemein zugelassen. Was nun die von der mittelalterlichen Praxis teilweise beliebte Zulassung der exceptio dominii[3]) oder sonstiger petitorischer Einreden betrifft, so ist Bruns[4]) darin zuzustimmen, dass die Zulassung petitorischer Einreden den possessorischen Charakter nicht unbedingt aufhebt, sondern sehr wohl nur eine Beschränkung desselben bilden kann. Insoweit wird das früher Seite 20 Gesagte zu modifizieren sein. Es hat z. B. die Zulassung der Einrede des Eigentums, falls sie sofort liquide ist, nur die Bedeutung, dass der Besitzesschutz zwar im allgemeinen gegeben, aber gegen den erwiesenen Eigentümer versagt wird. Im Hinblick auf die Glossa

---

1) Bruns, Jahrb. d. g. d. R. IV, S. 70 ff.

2) Menochi, Rem. rec. poss. XV n. 479—482.

3) Z. B. Ripa, comment. in l 12 § 1 de poss. No. 73, 74, 97 und die bei Meischeider S. 177 ff. Citierten.

4) Bruns, Jahrb. des gem. d. Rechts, Bd. 4 S. 70 ff.

„redditurus“ zu 18 de doli mali except., die dem Beklagten die Einrede des Eigentums nur zugesteht:

„si clarum et liquidum sit, quod debet ei reddi,
si paratus incontinenti est probare“

lassen diese Glossatoren, welche die exceptio dominii annehmen, sie meist nur unter diesen Beschränkungen[1]) zu. Der Beklagte muss sofort den Beweis des Rechts geben können. Diese Aufstellung von zwei wesentlichen Beschränkungen, nicht einer einzigen allgemeinen Regel weist darauf hin, dass die Glossatoren bei Zulassung der exceptio dominii in dieser Art von dem Gedanken geleitet wurden, mehrere etwa überflüssige Urteile zu vermeiden. Bei der Zersplitterung, welche damals gerade auf dem Gebiete der Gerichtsbarkeit herrschte, bei den vielen neben einander bestehenden Gerichtsbarkeiten lag es nahe, Urteile verschiedener Gerichte möglichst zu vermeiden. Es lassen sich aber noch andere besondere Umstände ermitteln, welche auf Hereinziehung petitorischer Einreden in die Besitzfrage hinzielten. Im mittelalterlichen Rechtsleben traten Rechtsbegriffe auf, die zum Teil dem kanonischen Recht, zum Teil dem mittelalterlichen Lehnsrecht etc. entlehnt waren und die eine Trennung des Possessorium vom Petitorium ihrer Natur nach nicht zu ertragen schienen. Wir haben schon früher auf solche Spezialbegriffe aus dem Gebiete der Beneficien und Patronatsrechte, sowie andererseits der Hoheitsrechte hingewiesen. Diese Ausführungen zeigen, dass man nicht auf die Zulassung dieser exceptiones die Schlüsse von Delbrück bauen darf.

Wenn die Besitzklagen ferner bei ihrer Ausdehnung gegen dritte Besitzer auf nicht titulierte beschränkt werden und daher der Beweis des titulierten Erwerbes des Besitzes bei dem Beklagten zugelassen wird, so ist dies keine wahre Einrede, sondern nur eine Widerlegung des beschränkten possessorischen Klagegrundes, wenn auch infolge einer Präsumtion für den Kläger der Beklagte die Beweislast hat.

Eine eigentliche und selbständige Einrede des Titels findet sich nicht[2]). Es finden vielmehr die früher genannten Beschränkungen statt. Vgl. Menochi, Rem. rec. poss. XV n. 67—94.

---

[1]) Bruns, a. a. O. IV, S. 71 Ruffini a. a. O.
[2]) Bruns, a. a. O. IV, S. 72.

Delbrücks Unterscheidung hinsichtlich des Titels zwischen der Klage aus dem blossem älteren Besitze und aus erwiesenem unfreiwilligen Verluste des Besitzes findet sich nirgends und ist daher unbegründet. Delbrück hat hier keine Beweise, es handelt sich lediglich um Hypothesen [1]).

Das Resultat dieser Betrachtung ist, was die Einreden betrifft, dasselbe, wie dasjenige, welches wir schon hinsichtlich der Behandlung der klägerischen Seite bemerkt haben.

Der Rückblick auf die mittelalterliche Praxis zeigt uns, dass Delbrück sich nicht unter Berufung auf diese der modernen festen Praxis entgegenstemmen darf, die alle petitorischen Einreden ausschliesst [2]), insbesondere also die Einrede des Eigentums oder des Rechtstitels bei dem Beklagten oder der mala fide possessio des Klägers. Nur indirekt zwecks Widerlegung des vom Kläger behaupteten Spoliums darf sich der Beklagte auf seinen Titel als Erwerbsakt berufen [3]), desgleichen darf er die, keine Einrede, sondern eine indirekte Widerlegung des klägerischen Vorbringens darstellende Behauptung aufstellen, dass Kläger freiwillig den Besitz aufgegeben oder durch Zufall oder Schuld verloren habe.

Nur in dem Falle, dass es sich um ein angebliches Spolium des Eigentümers gegenüber einem Detentor handelt, der die Detention nicht im eigenen Interesse ausübte, ist die exceptio dominii zulässig.

In einem Urteil wird sehr die Unzulässigkeit petitorischer Widerklagen betont [4]).

„Die Unzulässigkeit der exceptio vitii beruht ebenso wie diejenige der petitorischen Einreden auf dem Satz: spoliatus ante omnia restituendus.“ Der Ausschluss der exceptio vitiosae possessionis ist aber für die gemeinrechtliche Klage schon deshalb geboten [5]),

---

[1]) Mit Recht weist Bruns a. a. O. darauf hin, dass in der an Distinctionen reichen Zeit sich sicherlich eine Spur davon hätte finden müssen.

[2]) Von Kläden a. a. O., S. 26, 27. S.A. 37,290. Annal. des O.A.G. Dresden N. F. II 268. S.A. 24,212 und 35; 31,111; 41,261; 45,127. R.G.E. 5,42; 23,94.

[3]) So Urteil des R.G. in R.G.E. 5,42.

[4]) R.G.E. 23,94.

[5]) S.A. 34.274: Archiv für praktische Rechtswissenschaft II, 164. S.A. 34,277.

weil das Interdikt Unde Vi der Justinianischen Zeit diese nicht zuliess und die Spolienklage als Erweiterung des Unde Vi hierin folgen musste[1]). Als Ausnahme findet sich der Fall, wenn die possessio des Klägers dem jus commune widerstreitet[2]).

Über die Gründe, aus denen Justinian[3]) die exceptio vitii aufgab, ist Seite 93 ff. gesprochen[4]), über die Gründe, aus denen B.G.B. diese einführt, wird unten gehandelt.

Die lediglich auf die Person (nicht auf ihr Recht) abzielende Einrede der Unzulässigkeit der Spolienklage wegen des unter den Parteien bestehenden Familienverhältnisses ist wirkungslos, da die Klage weder pönalen noch entehrenden Charakter hat[5])

Wichtig ist die Einrede der Verjährung. Das Interdikt Unde Vi verjährt in einem Jahre[6]), die actio spolii in 30 Jahren. Die einjährige Frist kommt nur für die Anstellung des Interdikts in vollem Umfange zur Anwendung, nach einem Jahre geht die Klage nur auf Bereicherung[7]), die einer dreissigjährigen Verjährung unterliegt[8]). Ausnahmsweise ist der Vertreter eines Abwesenden und der abwesende Dominus auch nach Ablauf des Jahres zur Ergreifung des Interdikts berechtigt[9]).

Auf Grund der kanonischen Quellen und des Gerichtsgebrauchs gilt für die gemeinrechtliche Rekuperationsklage die dreissigjährige Verjährung.

Bruns und andere stützen sich diesbezüglich auf die Worte: „quacunque conditione“ des Canon Redintegranda[10]). Wir

---

1) Vgl. über die exc. vitii S. 93 ff.

2) S.A. 3,172

3) § 6, I. de interd. 4,15.

4) Das Int. de vi non armata hatte die exceptio vitiosae possessionis. Sie lautet bei Cicero pro Tullio 19,44: „quod nec vi nec clam nec precario possideret.“

5) S.A. 3,172; 141, 261.

6) Vgl. über die Stellung der die Verjährung ausdrückenden Worte: „in hoc anno“ bei Cicero pro Tullio 19,44 und bei Julian näher: Ubbelohde a. a. O. Seite 115.

7) „id, quod pervenit“ ist nicht mit Savigny a. a. O., S. 450 dahin zu verstehen: „wenn der Beklagte den Besitz noch hat.“

8) 1 1 pr. § 39, 1 3 § 1 D. 1 2 C. h. t.

9) 1 11 C. h. t. und 1 1 C. si per vim.

10) Bruns, Besitzklagen, S. 261.

ziehen andere Quellen heran. Für die Verjährungsfrist hat die Praxis der Rota Bedeutung [1]). Zunächst als perpetua, später als in 1000 Jahren nach dem Spolium verjährbar [2]) angesehen, wurde die Klage nachher als in 30 Jahren verjährt betrachtet [3]). Die 40jährige Verjährung findet sich nach Costa [4]) ex novissime canonizata sententia unter Clemens VIII. eingeführt und zwar für den Fall der Spoliation durch violentia. Die 30- oder 40jährige Verjährung besteht in allen Entscheidungen der Rota aus dem 16. Jahrhundert [5]).

Die überwiegende Ansicht steht auch heute auf dem Standpunkt der dreissigjährigen Verjährung [6]) trotz der Angriffe Böhmers [7]) und anderer hiergegen, wie die gemeine Meinung während der ganzen Zeit vom 16. Jahrhundert an immer an der 30jährigen Verjährung festhielt [8]). Unrichtig ist es die Klage als perpetua zu bezeichnen, höchstens ist sie bei mala fide Besitz perpetua nach 1 28 de praescr. 2,26.

---

[1]) Ruffini a. a. O. S. 391.

[2]) Put. Dec. lib. I dec. 15 fol. 44 Venet. 1505. Cassad. de rest. spol. dec. VI, Dec. Rot. Bon. Venet. 1603, dec. 48 fol. 131.

[3]) Über Stat. alm. Urbis Romae vergl. Ruffini, S. 389.

[4]) Costa, Tract. de Remed. subsid. remed. Venetiis 1630. Tom. I, fol. 505 ff.

[5]) Dec. R. (Facinacci) dec. 763 pars sec. fol. 422, Lugduni 1640. Dec. R. 275 tom. I fol. 515.

[6]) S.A. 45,253.

[7]) Wernher obs. VI. 485.

[8]) Vgl. Bruns, Recht des Besitzes, S. 397.

Siebenter Abschnitt.

Urteil.

Cap. I. Urteil bei dem Interdikt Unde Vi.

Was das Urteil betrifft, so geht es bei dem Unde Vi auf Restitution alles dessen, was der vorige Besitzer durch Dejektion verloren hat[1]). Der Dejicient muss das Grundstück selbst, alle beweglichen Sachen, die sich zur Zeit der Dejectio auf ihm befanden und die Früchte, welche von der Sache gezogen werden konnten, restituieren. Ebenso ist aller Schaden, der dem Dejectus aus der Dejection entstanden ist, zu ersetzen[2]). Wertverringerung und Untergang der Sachen, die in die Restitution fallen, sind vom Dejicienten zu ersetzen.

Cap. II. Urteil bei der actio spolii.

Das Urteil geht bei der Spolienklage, was Mobilien und Immobilien betrifft, auf Restitution, falls Beklagter sich im Besitz der Sachen befindet, und auf das sonstige Interesse. An Stelle der Restitution tritt bei Unmöglichkeit Schadensersatz. Lag das Spolium in der Entziehung des Quasibesitzes, so geht das Urteil auf Herstellung des früheren Zustandes und eventuelle Nachleistung des Geschuldeten.

---

[1]) Vgl. hierüber auch Ubbelohde, S. 116 ff. Bei Cicero pro Caec. 30, 88 geben den Restitutionsbefehl nur die Worte: „eo restituas," in Ulpians Commentar in 1 1 §§ 31—38 h. t. heisst es: eo illum quaeque ille tunc ibi habuit, restituas."

[2]) 1 1 § 21, 40, 41 D. h. t.

Dogmatischer Teil.

Erster Abschnitt.

Ueberleitung.

Bevor wir an die Darstellung des jetzt geltenden Rechts herantreten, gilt es sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob und welche Bedürfnisse nach Besitzesschutz im heutigen Rechtsleben bestehen. Man hat bei Beantwortung dieser Frage vielfach falsche Methoden angewandt. Man nahm einerseits an, dass die Aufgabe des Staates, den Besitz zu schützen, dieselbe wäre wie bei uns und wollte uns mit veralteten römischen Einrichtungen belästigen. Andere Autoren dagegen glaubten, dass die Volksanschauungen über Besitz und Besitzesschutz bei uns andere seien als in Rom und sahen nur auf die altgermanische Gewere ohne jede Rücksicht auf das römische Recht. Beide Methoden sind falsch.

Man wird der ersteren Ansicht nur soviel zugeben dürfen, dass das Bedürfnis nach einem besonderen Besitzesschutz ein allgemein Menschliches ist, das sich im Laufe der Zeiten kaum ändert. Dabei darf man jedoch nicht verkennen, dass das Besitzesschutzrecht von der Gestaltung der wandelbaren prozessualen Schutzmittel und der neben dem Recht des Besitzesschutzes stehenden Rechtssätze, welche ähnlichen Zwecken dienen, sehr abhängig ist[1]). Je nachdem diese Rechtsmittel, die ihrerseits mit der Staats- und Gerichts-Verfassung zusammenhängen, besonders erschöpfend oder lückenhaft geregelt sind, wird das sie ergänzende Besitzesschutzrecht entweder überflüssig werden oder zum Ersatz der unbefriedigt gebliebenen Bedürfnisse eintreten müssen.

---

[1]) Leonhard, Gruchots Beitr. Bd. 37, S. 437 ff; Derselbe, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht, Bd. 10 Jahrg. 1883, S. 10 ff.

Die vergleichende Betrachtung des römischen und heutigen Rechtslebens nach dieser Richtung hin zeigt uns, dass in Rom eine Reihe von Bedürfnissen durch die Besitzklagen Befriedigung fand, welche heute durch die neben dem Besitzesschutzrecht bestehenden Rechtssätze und prozessualen Rechtsmittel schon genügend befriedigt sind.

An erster Stelle fällt uns auf, dass die Interdikte der Römer den Zwecken der Beschleunigung in formeller wie in materieller Hinsicht allein dienten[1]), heute dagegen die Besitzklagen in dieser Funktion durch andere Rechtsmittel abgelöst worden sind.

Eines schleunigen Verfahrens bedurfte man in Rom bei schlimmen Ruhestörungen, diese Aufgabe erfüllten die Interdikte, da prozessuale schleunige Rechtsmittel fehlten. Das Interdiktenverfahren war ein beschleunigtes[2]), wenn auch die Autoren über die Art der Beschleunigung nicht ganz einig sind[3]). Noch im justinianischen Recht ist das Interdiktenverfahren ein besonderes, eiliges[4]). Heute wird das Bedürfnis nach einem schnellen Verfahren durch die weiter gehenden einstweiligen Verfügungen gestillt, und es werden dadurch die Besitzklagen ihrer römischen Hauptfunktion enthoben[5]).

Zur Beschleunigung auch in materieller Beziehung waren daneben die Interdikte dem römischen Rechtsleben nötig. Man verlangte nach Rechtsmitteln, welche die Einrede aus dem Eigentum des Beklagten oder eines Dritten ausschlossen. Diesen Dienst leisteten in Rom allein die Interdikte.

Für das bürgerliche Recht der Gegenwart genügt hinsichtlich der letzteren Einrede § 1007 BGB.

Anders verhält es sich aber mit der ersteren Einrede. Das Recht der einstweiligen Verfügung ist hier nicht ausreichend, um

---

[1]) Pflüger a. a. O., S. 367 ff.

[2]) Pflüger a. a. O., S. 365 und dort Citierte.

[3]) Vgl. hierüber Bethmann-Hollweg, Civilprozess II S. 381 ff. Ubbelohde, Ordo jud., S. 540, 577 n. 77.

[4]) Pflüger a. a. O., S. 365 Hartmann-Ubbelohde, Ordo jud., S. 538 ff. R. Leonhard, Instit. S. 531 u. n. 4. Gruch. Beitr. Bd. 37 S. 437 ff. Ubbelohde, Glücks Comment. Bd. II, S. 457 ff. Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozess III, S. 347 n. 25.

[5]) Pflüger a. a. O., S. 365 ff.

die Ausschliessung der Einrede aus dem eigenen Eigentum des Beklagten gesetzlich festzulegen, da es bei den einstweiligen Verfügungen dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleibt, inwieweit Einreden zuzulassen sind.

Eine Anzahl anderer Dienste, welche die Besitzklagen dem römischen Verkehrsleben leisten mussten, haben in der Neuzeit andere Rechtsmittel in einer hier die Besitzklage erübrigenden Weise übernommen.

Letztere diente als Hinterthüre zu der Beweiserleichterung, welche von Rechtswegen der Eigentumsklage zu Gute kommen sollte. Wegen der dem kanonisch-mittelalterlichen Prozess eigentümlichen strengen Beweiserfordernisse der Eigentumsklage, die nicht, wie mit Unrecht behauptet ist, dem römischen Recht ihre Entstehung verdanken[1]), musste man besonders dringend nach Rechtsmitteln verlangen, die eine Beweiserleichterung für die durch Eigenmacht Verletzten zuliessen.

Heute ist durch einen, den Lebensbedürfnissen entsprechenden Ausbau der Eigentumsbeweisregeln, wie ihn § 1006 BGB. aufweist, die Besitzklage auch dieser ehemals so wichtigen Funktion, der Beweiserleichterung zu dienen, ledig geworden.

Damit ist aber eine Wendung eingetreten, welche die Frage aufkommen lässt, ob die Besitzklagen noch weiter eine selbständige Stellung im Klagensystem verdienen[2]).

Das Verkehrsleben der Römer, welches noch nicht so entwickelte Deliktsklagen wie heute besass, fand ferner einen Ausweg für die fehlenden Deliktsklagen darin, dass es den Schadensersatzanspruch an die Besitzklagen anknüpfte.

Im Gegensatz zum römischen Formularprozesse, in welchem die sogenannte objektive Klagenkumulation für unzulässig erklärt war, hat unsere Zeit infolge der auch hierin erfolgten Erleichterung kein Verlangen darnach, die Schadensersatzklagen mit den Besitzklagen ipso jure zu verbinden.

Das Resultat unserer Betrachtung geht dahin, dass ein unbefriedigtes Bedürfnis nur insoweit in Frage kommen könnte, als

---

[1]) Vgl. die bei R. Leonhard, Instit. S. 464 n. 2 Citierten insbesondere Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 50.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp Bd. I S. 648. Pflüger a. a. O. S. 565 und dazu R. Leonhard, Instit. S. 536 n. 2. Windscheid-Kipp a. a. O.



es sich um die Ausschliessung der Einrede aus dem Eigentum des Beklagten handelt.

Der Blick auf unsere Besitzklagen weist uns andererseits darauf hin, dass dieselben verschiedenen Forderungen des Wirtschaftslebens nachkommen, welche in Rom nicht so dringend waren wie heute und denen deshalb die römische Gesetzgebungspolitik die Anerkennung versagte. Die Römer schützten die blossen Detentoren nicht, nur Faustpfandgläubiger, Sequester und Prekarist hatten ein Besitzklagerecht. Das heutige Recht erkennt ein Besitzschutzrecht auch der blossen Detentoren, insbesondere des Pächters und Mieters, an. Diese abweichende Regelung ruft die Frage nach den Ursachen derselben wach. Man will aus dem von den Römern aufgestellten Besitzesbegriffe folgern, dass die Detentoren nicht geschützt wurden[1]). Dies ist falsch. Nicht die Begriffe erzeugen die Rechtssätze, sondern die Bedürfnisse thun es. Es ist daher verfehlt, aus dem Begriff des Besitzes bei den Römern den Nichtschutz der Detentoren herzuleiten, ebensowenig ist es richtig, wenn man aus dem Begriffe der Gewere den Schutz der Detentoren im heutigen Recht folgert. Die römische Sozialpolitik, welche sich die Unterdrückung der Kleinen unter die Grossen zur Aufgabe machte, führte zur Schutzlosigkeit des Detentors, die moderne Sozialpolitik, welche den Mittelstand heben will, zum Gegenteil[2]). Aus diesen verschiedenen Gesetzgebungszwecken ergeben sich die abweichenden Rechtssätze. Die römische Wirtschaftspolitik begünstigte die Plutokratie und wollte deshalb den Mietern und Pächtern u. s. w. keinen Besitzesschutz geben, weil ihre soziale Abhängigkeit den Interessen der Plutokratie entsprach. Wurde ihnen ihr Besitz entzogen, so sollten sie nach dem Willen jener erst ihre Herren um Verteidigung bitten[3]). Die Besitzklageberechtigung des Prekaristen dagegen war den Zielen der römischen Wirtschaftspolitik nicht im Wege, da man bei ihrer

---

[1]) Vgl. hierzu R. Leonhard, Grünhuts Zeitschrft. f. Privat- u. öffentl. R. Bd. 10 Jahrg. 1883 S. 16 ff.

[2]) Windscheid-Kipp a. a. O. vgl. auch Lange, Der Besitzschutz des Pächters, Erlangen Inaug. Diss. S. 15 ff. O. Fischer, Soll Kauf Miete brechen? S. 30 ff. vgl. auch Ihering, Besitzwille S. 98 ff. Dernburg, Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des r. R. S. 69. Krahé, a. a. O. S. 8 ff.

[3]) Kniep a. a. O., S. 119.

gedrückten Lage ihnen dieses Recht ohne Befürchtungen einräumen zu können glaubte.

Die Mittelstandspolitik des ALR. und des BGB. legt auf das Eigentum kein so hohes Gewicht wie die römische Sozialpolitik, das Gedeihen des Mittelstandes, seine Selbständigkeit ist ihr so wichtig, dass sie die eventuelle Entwertung des Eigentums mit in Kauf nimmt.

Daher dehnt das B.G.B. den Besitzesschutz auf alle Detentoren mit Ausnahme einer Kategorie von Personen aus, deren selbständige Stellung und Klageberechtigung das Wirtschaftsleben nicht verlangt, weil sie selbst kein Interesse daran haben, zu klagen. Den in einem untergeordnetem Verhältnisse zur Sache befindlichen Besitzdienern wird daher nur das hier nicht interessierende Selbstverteidigungsrecht eingeräumt, welches für sie völlig ausreichend ist. (§ 855, 859 Abs. 3 B.G.B.)

Der Ausdehnung des Besitzesschutzes auf die Detentoren steht an Wichtigkeit die weiter, gegenüber dem römischen Recht auffällige Thatsache gleich, dass das BGB. zwischen Besitzstörung und Besitzentziehung nur formell, aber nicht sachlich mehr unterscheidet. Während die Begriffe „retinere und recuperare“ logische Gegensätze darstellen, sind es „Stören“ und „Entziehen“ nicht. Die Entziehung ist nur eine besonders schlimme Störung. Der scharfen Kluft, welche die Römer zwischen der Störungs- und Entziehungsklage schufen, steht diese gleiche Behandlung im BGB. eigenartig gegenüber. Dieser Unterschied der beiden Rechtsquellen liegt besonders darin begründet, dass bei den Römern die Interdicta retinendae possessionis Praejudicial-Charakter hatten, vgl. Bruns Besitzklagen, während diese Funktion heute von der Feststellungsklage des § 256 CPO. n. F. (früher § 231 C.P.O.) erfüllt wird. Das BGB. hat es allerdings nicht gewagt, dem auch in Zusammenfassung beider Klagen formellen Ausdruck zu geben.

Neben der Gleichstellung der Besitzer und Detentoren hinsichtlich der Klageberechtigung und der Störung und Entziehung bezüglich des Klagegrundes ist schliesslich noch die im neueren Rechte infolge der modernen Bedürfnisse zustandegekommene Gleichstellung von Mobilien mit den Immobilien hinsichtlich des Klagegegenstandes hervorzuheben. Während in Rom bei Grund-

stücken die actio furti und die condictio furtiva versagten und die Grundstücke daher eines besonderen Besitzesschutzes im erhöhten Masse bedurften, gehen heute die Deliktsansprüche ebenso gegen Antastung von Mobilien wie von Immobilien, die Besitzklagen haben daher auch bewegliche Sachen wie Grundstücke zum Gegenstande.

Diesen neuzeitlichen Ausdehnungen des Besitzesschutzes stehen auf der anderen Seite Beschränkungen des Besitzesschutzes im heutigen Recht gegenüber. Die exceptio vitii ist heute weiter ausgedehnt. Man erachtet die Selbsthülfe bei den neuzeitlichen Sicherheitseinrichtungen für weniger gefährlich als in Rom.

Wir betrachten jetzt zunächst die Klage aus § 861 B.G.B., darauf das Rechtsmittel aus § 867 B.G.B.

Zweiter Abschnitt.

Die Besitzklage aus dem § 861 B.G.B.

Cap. I. Activlegitimation.

Wir gehen zunächst zur Darstellung der Aktivlegitimation über. § 861 BGB. sagt:

„Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt".

Erforderlich ist zunächst Besitz in der Person des Klägers. Was als „Besitz" anzusehen ist, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen. „Besitzen" kann vorerst nach der hier zu Grunde liegenden Auffassung, nach welcher der Besitz ein „jus" ist, nur derjenige, welcher als Person im Rechtssinne anerkannt ist[1]).

Personen, die wegen Vermögensunfähigkeit nicht besitzen können, giebt es nach dem BGB. nicht[2]).

Der nasciturus ist noch keine Person und deshalb nicht besitzfähig.

Der dem § 861 BGB. zu Grunde liegende Thatbestand des Besitzes knüpft an den, dem Leben entnommenen Besitzbegriff an. Das BGB. stellt abweichend vom gemeinen Recht, keinen besonderen Begriff des Rechtsbesitzes auf, es scheidet äusserlich nicht zwischen Sach- und Rechts-Besitz[3]).

Einer Definition des Besitzes enthält sich BGB. Es giebt in §§ 854, 856 BGB. nur den Anfangs- und End-Punkt des Besitzes an,

---

[1]) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 693, Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 29 Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II § 3 I. A.

[2]) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 693.

[3]) Windscheid-Kipp a. a. O.

Aus dem Zusammenhang beider Paragraphen erhellt, dass „besitzen“ im Sinne des BGB. heisst, eine Sache in seiner „thatsächlichen Gewalt haben [1].“ Der Begriff des Besitzes im Sinne des BGB. ist nicht der Ausgangspunkt seiner Definition, sondern der Endpunkt. Es ist das zweifelhafte Unbekannte, was wir zu suchen haben. Die Worte: „thatsächliche Gewalt“ sind genau ebenso dunkel wie der Ausdruck: „Besitz.“ Sie erklären ihn nicht, sondern umschreiben ihn nur, ohne dass wir hiermit etwas erzielen. Ausgangspunkt ist vielmehr das Gebiet der thatsächlichen — entweder wirklichen oder zweifelhaften Erscheinungen des Besitzrechts d. h. aller solcher Erscheinungen, deren Beziehungen zum Besitzrecht feststeht oder in Frage ist. Dieses grosse Gebiet muss nach dem vermutlichen Gesetzgebungszwecke abgesteckt werden. Der Zweck war bei der I. Lesung, alle Inhaber zu schützen, später nur alle solche Inhaber durch Klage zu schützen, bei denen ein Bedürfnis zu einem Doppelklagerechte des Herrn und des Mittlers vorliegt [2]).

Es gilt jetzt eine weitere Vorfrage zu erledigen. Wollte die Gesetzgebungskommission, deren Werk gebilligt ist, die besitzrechtlichen Thatbestände in den drei Definitionen der §§ 855, 868 und 872 BGB. so erschöpfen, dass jeder Thatbestand dieser Art unter einen der drei Paragraphen fallen muss? Oder schwebte ihr in § 854 BGB. ein weiterer Begriff vor, von welchem die oben genannten Paragraphen Unterarten sind, die aber den ganzen Begriffsumfang des § 854 BGB. nicht erschöpfen? Das Letztere ist anzunehmen. Nach den Äusserungen der Gesetzgebungskommission [3]) muss es als ihre Absicht betrachtet werden, alle thatsächlichen Erscheinungen des Besitzrechts, ohne Rücksicht darauf, ob sie in den oben genannten Paragraphen ausdrücklich geregelt sind, unter § 854 BGB. zu ziehen, sofern nur Schutzwürdigkeit vorliegt. Eine Beschränkung des Umfangs des § 854 auf den Umfang der §§ 855, 868, 872 würde Thatbestände nicht berücksichtigen, denen die Kommission Schutz angedeihen lassen will. Da die Erörterung der ausserhalb der §§ 855, 868, 872 BGB. liegenden Einzelfälle

---

[1]) Vgl. Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 38, S. 4 ff.

[2]) § 868 BGB.

[3]) Mot. Bd. 3, S. 85 Denkschrift, S. 109.

der weiteren Untersuchung überlassen bleibt, so mag hier nur beispielsweise gesagt sein, dass die Protokolle[1]) und die Denkschrift[2]) z. B. den Schutz des unbewussten Besitzers voraussetzen. Hier handelt es sich aber um Thatbestände, die U. E. nicht unter § 868 oder § 872 BGB. fallen. Damit aber wird der Nachweis für die beabsichtigte Regelung auch ausserhalb der §§ 855, 868, 872 BGB. liegender Thatbestände durch § 854 BGB. erbracht. Hierdurch ist auch zugleich festgestellt, dass die Grenzlinien, innerhalb deren sich alle Besitzthatbestände bewegen müssen, gegenüber dem römischen und gemeinen Recht sich sehr verschoben haben. Heute ist nicht mehr wie früher ein Besitzthatbestand nur als vorhanden anzunehmen, insoweit als ein Besitzwille nachweisbar ist[3]). Die Aufgabe des Besitzwillens als eines notwendigen Thatbestandsmerkmals durch das BGB. bedeutet zwar nicht, dass der Besitzwille hinfort in allen Fällen zu entbehren sein wird, vielmehr werden sich auch ferner Fälle finden, bei denen er allein Aufschluss geben wird, ob Besitz vorliegt[4]), die grosse Rolle aber, welche er früher als massgebendes Kriterium für die Beurteilung der Besitzthatbestände hatte, ist heute ausgespielt. Diese bedeutende Wandlung im Zustande der Rechtsquellen ist nur erklärlich durch eine veränderte Gesetzgebungspolitik, wie dies schon oben ausgeführt ist. Dem Verlangen nach erweitertem Besitzesschutz mussten die Schranken weichen, welche man durch Aufstellung des animus domini und des Besitzwillens überhaupt den Bedürfnissen früher gezogen hatte[5]). Andere Umstände als diese hätten nie die Kraft gehabt, solche Umwälzung zu stande zu bringen. Die Gegenwart schützt im Gegensatz zu früheren Rechten bereits alle Verhältnisse, bei denen die Forderung nach der Achtung des eigenen thatsächlichen Besitzstandes sich geltend macht. Ein Besitzverhältnis wird schon angenommen, wenn nur die Möglichkeit vorliegt,

---

[1]) Prot. S. 36, 18.

[2]) Denkschrift a. a. O.

[3]) Prot. 33, 36 wie hier Kniep a. a. O., S. 59 ff. Kindel a. a. O. S. 212. Strohal a. a. O. Strohal, Succession, S. 94. Hess. Abhandlungen S. 19. Bekker a. a. O., S. 28. Pininski a. a. O., S. 168. Biermann a. a. O. z. § 854. Burghoff, Der Besitzwille. Greifsw. Inaug. Diss. Greifswald 1900 S. 16 ff. v. Staudinger-Kober zu § 854. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 691.

[4]) Strohal, Sachbesitz.

[5]) Windscheid-Kipp a. a. O., S. 693 ff.

eine bestimmte Sache zu berühren und andererseits der Aussenwelt, d. h. allen redlichen Dritten gegenüber der Anschein des Wunsches besteht, dass der Besitzherr die Sache selbst berühren wolle und die Antastung durch unbefugte Dritte als Verletzung empfinden werde[1]). Danach könnte man eine innere Seite des Besitzverhältnisses — die Berührungsgewalt — und eine äussere Seite desselben — die Abschreckungsgewalt — unterscheiden.

Hierdurch sind die äussersten Grenzen für alle Besitzthatbestände abgesteckt. Vielen Autoren sind diese Linien zu weite. Einige derjenigen, die mit uns annehmen, dass Besitz auch durch Besitzerwerb ohne Willen zustande kommt, wollen noch einige Beschränkungen hinsichtlich des Besitzerwerbes ohne Willen des Besitzers einführen. Kniep[2]) lässt einen Besitzerwerb ohne Willen des Besitzers nur zu, und zwar sowohl bei Geschäftsfähigen wie bei Geschäftsunfähigen, wenn sie im Verhältnis zur Sache sich dort befinden, wo die Rechtsordnung sie haben will. Daher nimmt er zwar z. B. Besitz an, im Augenblick, wo ein kleines Kind, ein Schlafender auf das ihnen bereits aufgelassene Grundstück gebracht werden, verneint ihn aber, wenn durch unrechtmässige Handlungen des Geschäftsunfähigen oder Dritter das körperliche Verhältnis zwischen dem Geschäftsunfähigen und der Sache hergestellt wird[3]). Wir müssen solche Begrenzungen als willkürlich ablehnen, weil sich nirgends den Vorschriften von Kniep entsprechende gesetzliche Bestimmungen finden. Wir glauben, dass sich in dieser Beziehung mechanische Regeln und Formeln nicht aufstellen[4]) lassen, vielmehr muss es der Beurteilung des Einzelfalles überlassen bleiben, inwieweit ein Besitzerwerb ohne Besitzwillen stattfinden kann. Wir erachten nach unseren oben angegebenen Merkmalen Besitz als vorliegend in den folgenden Fällen. Wenn mir von jemandem ohne mein Wissen etwas in die Tasche gesteckt wird, gleichgültig ob dies ein Dieb gethan hat, um den

[1]) R. Leonhard, Inst. S. 251. Redliche Dritte müssen es merken können, dass die Sache nicht ohne Besitzer ist.

[2]) Kniep, Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem gemeinen Recht S. 91 ff.

[3]) Z. B. ein Kindermädchen zieht von ihr gestohlene Strümpfe einem Kinde an.

[4]) Strohal a. a. O., S. 71 ff.

Verdacht abzulenken[1]), oder mein Verwandter, um mir etwas zu schenken[2]). Wenn ich einem Schlafenden einen Brief in die gefalteten Hände lege, so ist ebenfalls Besitz anzunehmen. In allen diesen Fällen ist die Berührungsmöglichkeit sowie der Anschein des Wunsches Dritten gegenüber vorhanden, dass Unbefugte die Sache nicht berühren sollen.

Viele Autoren wollen den Besitzwillen als Begriffsmerkmal für die Besitzthatbestände des BGB. auch weiterhin in Geltung lassen. Die einen betrachten ihn als besonderes Thatbestandsmerkmal neben dem Moment der thatsächlichen Gewalt fortbestehend[3]), die Anderen erklären, dass er im Begriffe der „thatsächlichen Gewalt" als psychisches Element enthalten sei[4]).

Die Gegner versuchen es ihre Behauptungen aus dem Gesetzestext heraus zu begründen.

Sie geben zunächst an, dass der Gesetzgeber den Ausdruck „thatsächliche Gewalt" in § 854 BGB. absichtlich und nicht etwa wahlweise mit dem Ausdrucke „Gewahrsam" gebraucht habe, um anzudeuten, dass neben den objektiven auch subjektive Erfordernisse in dem Begriffe liegen[5]). „Gewahrsam" ist aber nach den Protokollen in Wahrheit nur deshalb nicht gebraucht, weil das Wort unanwendbar zur Bezeichnung der Besitzes-Voraussetzungen bei Immobilien war. Burghoff S. 20 ff. Kappler S. 64 ff. „Gewahrsam". ist aber, wie oben schon hervorgehoben ist, ebenso dunkel wie der Ausdruck „Besitz," sodass es nicht angängig ist, lediglich auf den Gebrauch dieses Wortes Folgerungen von Tragweite zu bauen.

Zudem aber widerspricht diese Ansicht der Gegner auch dem in den Protokollen öfters ausgesprochenen Willen der Kommission,

---

[1]) Kniep a. a. O., S. 97.

[2]) Wie hier Strohal a. a. O., S. 73.

[3]) Frank Besitzwille, S. 1 ff. Endemann, Einf. in das BGB. II, S. 185 ff.

[4]) Gierke, Fischers Abhandl. Heft 4. S. 4 n. 4. Franz Wildt, Unter welchen Voraussetzungen wird die Inhabung im gemeinen Recht und im BGB. geschützt? Erlang. Inaug. Dissert. Köln 1898, S. 13. Jacob Wolff, der Begriff des Besitzes nach dem BGB. Erlang. Inaug. Diss. Neuss 1898, S. 19 ff.

[5]) Unter Berufung auch auf Bruns, Recht des Besitzes, S. 466, die Gegner berufen sich auch darauf, dass man etwas „erlangen" nur kann, wonach man „gelangt" hat, dagegen mit Recht Burghoff a. a. O. S. 24 u. Kappler S. 64 ff.

dass der Besitzwille für das BGB. nicht mehr erforderlich sein solle[1]) und der Entstehungsgeschichte des § 854 BGB.[2])

Ein hiermit zusammenhängender Einwurf zielt dahin, dass das im Besitzesbegriff des BGB. als einem socialen Gewaltverhältnisse begrifflich liegende psychische Moment nicht durch die Rechtsordnung beseitigt werden könne[3]). Man darf aber das Recht nicht aus der Logik, sondern soll es nur mit Logik entwickeln. Die Behauptung der Gegner widerstreitet den Grundsätzen der historischen Schule, nach denen wir die Existenz einer von dem wandelbaren Inhalt der Rechtssätze unabhängigen juristischen Logik bestreiten müssen[4]). Souverain ist auf dem Willensgebiete die Rechtsordnung, Besitz ist daher, was sie als solchen hinstellt[5]).

Den Hauptstützpunkt der Gegner bildet die Fassung des § 867 BGB. und dessen Stellung im System. Nach ihnen beweist § 867 BGB., dass ein blos räumliches Verhältnis zum Besitz nicht genüge, da andernfalls mit dem blossen Überfallen einer Sache auf ein fremdes Grundstück schon der Besitz des Nachbarn zustande kommen müsse; § 867 BGB. mache den Besitzerwerb vielmehr vom Besitzwillen abhängig[6]). Diesen Ausführungen stellen wir Folgendes gegenüber: § 867 BGB. will nicht die Bedingungen des Besitz-erwerbes oder -verlustes regeln, sondern die besonderen Voraussetzungen der Abholungsklage[7]). Sie beruht auf einer gewissen Vermutung zu Gunsten des Verlierers, dessen Sache auf ein fremdes Gebiet gefallen ist. Diese Vermutung gilt dann nicht als genügend, wenn der Grundbesitzer durch Bethätigung des Ergreifungswillens bekundet, dass er sich für berechtigt halte, die Sache an sich zu nehmen.

---

[1]) Protok. Bd. 3, S. 3335. Denkschrift Heymann, S. 161. Bartels Gruchot s. Beitr. 42, S. 646. Cosack a. a. O. II § 186. Kniep a. a. O., S. 70. Burghoff a. a. O. S. 17 ff.

[2]) vgl. Burghoff a. a. O. S. 16 ff. Kappler S. 64 ff.

[3]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis, herausgeg. von Eccius, Band 3. Gruchots Beitr. Bd. 4 und 5.

[4]) R. Leonhard, Studien Heft 1, S. 43 ff. Vgl. auch v. Jecklin, Gruch. Beitr. Bd. 32, S. 263. Dernburg Pr. Pr. R. 5. Aufl. Bd. I § 149 n. 1.

[5]) Vgl. Kniep a. a. O., S. 60.

[6]) Frank, Der Besitzwille, S. 18 ff. Wildt, a. a. O.

[7]) Biermann a. a. O. zu § 867. Kniep a. a. O., S. 43.

§ 867 BGB. thut daher für die Lehre vom Besitzerwerb-verlust nichts dar[1]). Die eigenartige Natur der Klage zeigt ferner genügend, dass nur ein Spezialfall hier geregelt ist. Ist durch diese Darlegungen bewiesen, dass das Gesetz selbst nicht zu Gunsten der Gegner spricht, so fallen auch alle weiteren auf die angenommene Auslegung, die hier widerlegt ist, gegründeten Folgerungen der Gegner. Ein Widerspruch zwischen Gesetz und Materialien kann nicht zugegeben werden. Infolgedessen erledigt sich auch die von den Anhängern der Lehre vom Besitzwillen hier weiter aufgeworfene Frage, ob die Materialien oder der Gesetzestext bei Widerstreit vorgehen.

Man versucht auf der uns gegenüberstehenden Seite ferner nachzuweisen, dass es möglich sei, auch bei Annahme der Lehre, dass der Besitzwille stets nötig sei, alle schutzwürdigen Thatbestände ausreichend zu schützen. Ein Wille lasse sich überall nachweisen[2]). Wir bestreiten dies. Wir halten die Ansicht der Kommission für richtig, dass sich ein Erwerbswille desjenigen, der den possessorischen Schutz erlangen müsse, oft nur mit Hülfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen konstruieren lasse. Frank sucht zu zeigen, dass der Besitzwille in bestimmten Fällen in der bestimmten Räumen innewohnenden Gebrauchs- oder Zweck-Bestimmung zu finden sei, gemäss welcher sie einer grösseren Anzahl von Sachen Unterkunft bieten sollen. Die von ihm aufgeführten Fälle können uns von unserer oben ausgesprochenen Ansicht nicht abbringen. Die Künstlichkeit, mit der man in einzelnen Fällen einen Besitzwillen konstruiert, fällt jedem auf[3]). Ja wir sind imstande, Frank an einem seiner Einzelfälle nachzuweisen, dass der von ihm dort irrtümlich unterstellte Besitzwille in Wahrheit nicht besteht.

Es handelt sich darum, dass Äpfel von einem Baume auf ein Nachbargrundstück fallen. Sie werden nach § 911 BGB. Eigentum des Nachbarn. Der Besitzerwerb muss mit dem Eigentumserwerbe zusammenfallen.[4]) Frank meint, der Nachbar wolle den Überfall der

---

[1]) Biermann a. a. O. zu § 867.

[2]) Frank a. a. O., S. 12 ff.

[3]) vgl. auch Protok. S. 3335. Biermann zu § 854. Strohal Sachbesitz, S. 66.

[4]) Franz Wildt a. a. O., S. 13 ff. Burghoff a. a. O. S. 20.

Früchte so intensiv wie nur möglich, es sei bekannt, dass man sich auf die so erworbenen Früchte mehr freue wie auf die eigenen. Doch Sichfreuen ist, wie Kniep[1]) mit Recht hervorhebt, keine Willenshandlung, bei einer solchen stelle ich mir vor, dass etwas durch mein Thun künftig hervorgebracht wird. Frank sieht diese Willenshandlung des Nachbarn darin, dass er eine den Überfall der Früchte hindernde Schutzvorrichtung nicht anbringen lasse. Der Mangel derselben lässt aber nicht darauf schliessen, dass der durch das Überfallen der Früchte bewirkte Zustand vom Nachbarn gewollt wird. Hierbei werden von Frank Nichterwerb und Ablehnung des Erwerbes verwechselt. Eigentum und Besitz werden von Rechtswegen erworben, sobald der Apfel auf das Nachbargrundstück fällt. Durch den Bau des Schutzdaches werden die Voraussetzungen vereitelt, von denen die Rechtsordnung den Besitzerwerb abhängig macht. Zu einem Schlusse auf den Erwerbswillen des Nachbarn ist man nicht berechtigt. Ist kein Schutzdach errichtet, so wird der Rechtsordnung freier Spielraum gelassen, die Bestimmung derselben bedarf der Zustimmung des Einzelnen nicht.

Man wird ferner auch nicht imstande sein einen Besitzwillen zu konstatieren in dem folgenden Falle, bei welchem man eine Zweckbestimmung nicht wird nachweisen können. Wenn mir von jemandem ein Brief in die gefalteten Hände gelegt wird, so ist im Gegensatz zum römischen Recht im BGB. Besitz U. E. anzunehmen, wie oben ausgeführt ist.

Es sei hier noch auf einzelne Fälle eingegangen, bei denen Frank sich zu zeigen bemüht, dass nur der Besitzwille den betreffenden Thatbestand zum Besitzverhältnis stempele. Frank führt zunächst den Fall an, dass unsere Gäste Überkleider in unseren Vorzimmern hängen lassen. Wäre, so meint er, das blosse Raumverhältnis genügend, so müssten diese Kleider von uns als den Besitzern der Wohnung besessen werden. In Wahrheit behielten aber die Gäste an ihnen den Besitz. Frank übersieht hier, dass allerdings das blosse Raumverhältnis allein noch nicht das Besitzverhältnis begründet, sondern dass ferner Dritten gegenüber der Anschein des Wunsches bestehen muss, dass der Besitzer des Raumverhältnisses die Sache behalten wolle und die Wegnahme durch

[1]) Kniep a. a. O., S. 60.

Dritte als Störung bzw. Entziehung des Besitzes empfinden werde. Auf den wirklichen Willen kommt es hierbei nicht an. Keinem unserer Gäste wird nur der Gedanke kommen, dass der Besitzer der Wohnung den Wunsch hegen könne, die Mäntel seiner Gäste aus den Vorzimmern nicht entfernt zu sehen, vielmehr ergiebt der äussere Anschein das Gegenteil. Keineswegs aber darf man daraus, dass nicht jedes Raumverhältnis genügt, den Schluss ziehen, der Wille müsse hinzukommen. Ein von Frank gegen uns noch herangezogener Fall beweist gleichfalls nicht, dass das Vorhandensein eines Besitzwillens den betreffenden Thatbestand erst zum Besitzverhältnis erhebt.

Ist eine Dynamitbombe auf irgend eine Weise in unsere Wohnung gekommen, so spricht der Anschein schon wegen der Gefährdung unserer Gesundheit und unserer Wohnung dagegen, dass wir dieselbe zu haben wünschen, gleichgültig ob dies auch thatsächlich zutrifft. Ein Dritter wird sich dieselbe mitnehmen können, ein Besitzverhältnis liegt nicht vor. Wir stimmen daher Kniep[1]) auch nicht bei, wenn er den Arbeiter nach dem BGB. als Besitzer behandelt wissen will, der eine Sprengpatrone aus seiner Arbeitswerkstätte versehentlich in seinen Kleidern mit nachhause genommen hat. Dem Anschein nach wird der Arbeiter die Sprengpatronen nicht haben wollen, es sei denn dass äussere Anzeichen wie z. B. die Unterbringung in einem Verstecke das Gegenteil beweisen.

Als Resultat stellen wir fest, dass zur Annahme des Besitzes das blosse Raumverhältnis genügt, wenn nur der Anschein dafür spricht, dass die Sache nicht durch unbefugte Dritte angetastet werden soll. Damit wird die Beurteilung der Frage, ob ein Besitzverhältnis vorliegt, in einer den Volksanschauungen selbst sich eng anpassenden Weise geregelt. Das Volk weiss es sehr wohl zu beurteilen, ob ein Besitzverhältnis gegeben ist oder etwa eine herrenlose Sache in Frage steht. Jeder redliche Dritte trägt Bedenken, eine Sache zu berühren, sobald er aus irgend welchen äusseren Anzeichen entnimmt, dass die Sache in einer gewissen Beziehung zu einem andern steht. Diese äusseren Anzeichen können verschiedenster Art sein, man muss hierbei den wirtschaftlichen Verhältnissen, oft den örtlichen Einrichtungen Rechnung

---

[1]) Kniep a. a. O., S. 95 ff.

tragen, auch sogar auf die Lebensgewohnheiten gewisser Leute Rücksicht nehmen.[1]) Ein unbewachtes angekettetes Fahrrad auf einsamem Wege wird Jedem sagen, dass sein Besitzer in der Nähe sein müsse, mit Reiseplaids belegte Plätze im Waggon eines Zuges, der nur kurze Zeit auf einer Zwischenstation anhält, werden in allen redlichen Dritten die Überzeugung hervorrufen, dass die Besitzer sich nur auf kurze Zeit entfernt haben.

Der Laie schliesst, wie wir gestehen, mit grosser Korrektheit aus vielen Umständen aller Art nach dem äusseren Anschein auf ein Besitzverhältnis, ohne sich zu fragen, ob ein Besitzwille vorhanden ist. Das Gesetz macht diese Laienauffassung zu der seinigen, es vermeidet hierdurch alle Schwierigkeiten, welche die Konstruktion eines Besitzwillens im früheren Rechte mit sich brachte. Infolge der Nichterweisbarkeit des Besitzwillens blieben früher schutzbedürftige Thatbestände ohne Besitzesschutz. Insbesondere war dies auch der Fall dort, wo es sich um den Schutz geschäftsunfähiger Personen, von Kindern und Geisteskranken, handelt. Ihr Schutzbedürfnis kann jetzt ausreichend befriedigt werden, da es auf den Besitzwillen nicht mehr ankommt[2]). Dies hebt die II. Kommission ausdrücklich hervor[3]). Wir schützen solche Personen nach denselben Grundsätzen, wie sie für Geschäftsfähige aufgestellt worden sind. Ein Besitzverhältnis nehmen wir daher an, wenn ausser der Berührungsmöglichkeit der Anschein des Wunsches besteht, dass das Kind, der Geisteskranke die Sache haben wollen und daher die eigenmächtige Berührung durch Dritte als Verletzung von ihnen empfunden werden wird. Es wird die Frage des Einzelfalles sein, von welchen Personen insbesondere von Kindern welchen Alters man einen solchen Wunsch vorauszusetzen haben dürfte. Ganz kleine Kinder wird man jedenfalls hierbei nicht in Betracht ziehen können. Wir haben schon oben uns im Allgemeinen dagegen erklärt, ein Besitzverhältnis auf Grund eines Besitzerwerbes ohne Willen nur dort anzunehmen, wo er innerhalb der „Rechtslinie"

---

[1]) vgl. auch Burghoff a. a. O. S. 27 ff.

[2]) Bunsen, Einführung II, S. 15. Strohal a. a. O., S. 66. Gierke a. a. O., S. 4 n. 4. Biermann zu § 854. Matthiass a. a. O. II § 3, S. 8 II A. Neumann a. a. O., § 854.

[3]) Mot. III. S. 81. Prot. III, S. 3337 anders E I § 800 Abs. 1.

fällt, wie Kniep sagt[1]). Hier haben wir uns, soweit das Gebiet der Geschäftsunfähigen hierdurch berührt wird, gegen diese willkürliche Unterscheidung zu wenden.

Was das Besitzobjekt betrifft, so werden im Regelfalle nur bewegliche Sachen in Frage kommen, nur bei ungewöhnlich klugen Kindern wird man Immobilien heranzuziehen haben, da der Besitzerwerb hieran im Regelfall ausserhalb des Gesichtskreises der betreffenden Personen liegt.

Der Schutz der Geschäftsunfähigen bildet für die Anhänger der Lehre vom Besitzwillen eine unangenehme Aufgabe. Man sucht sich auf verschiedene Weise zu helfen. Gegenüber Endemann[2]), der die Grundsätze von der Verkehrsfähigkeit auch auf den Besitzerwerb ausgewandt wissen will, nimmt Frank[3]) einen von dem rechtsgeschäftlichen Willen verschieden gearteten „natürlichen" Willen an. Er beruft sich darauf, dass bei dem Besitzerwerb der Besitzwille sich nur auf einen bestimmten thatsächlichen Erfolg richtet, an welchen sich erst von Rechtswegen Rechtsfolgen anknüpfen, während der rechtsgeschäftliche Wille auf die im Gebiete des Rechts selbst liegenden Folgen zielt[4]).

Wir halten die Ansicht Franks in dem Falle, dass man sich überhaupt für die Aufrechterhaltung eines Besitzwillens entscheidet, für angemessener als die Theorie von Endemann. Er beruft sich zu Unrecht auf die Rechtskontinuität, speziell auf die Praxis des Landrechts[5]) hinsichtlich dessen, dass Geschäftsunfähige nicht Besitz erwerben können. Da die Materialien im Gegensatz zum E.I. betonen, dass Kinder und Geisteskranke Besitz erwerben können, so dürfte ein Hinweis auf den früheren Stand der Gesetzgebung ausgeschlossen sein.

Ebensowenig wie Frank und Endemann vermag die Auffassung von Affolter[6]) den Lebensbedürfnissen gerecht zu werden. Er be-

---

[1]) Kniep a. a. O., S. 91 ff.

[2]) Endemann a. a. O. Bd. II, § 81 n. 4. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung, S. 11.

[3]) Frank a. a. O., S. 42. Burghoff a. a. O. S. 35 und das dort Citierte.

[4]) Zittelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft. Frank a. a. O., S. 42.

[5]) Förster-Eccius, Pr. Pr. R. III § 157. Dernburg, Pr. Pr. R. I § 151 a. 3. Rehbein, Entschdgen. des Ob.-Trib., S. 654.

[6]) Affolter, Arch. f. Bürg. R. Bd. 17, S. 3 ff.

hauptet, dass Besitzwillen und Aprehension nicht mehr in demselben Zeitpunkt vorhanden zu sein brauchten. Er schreibt demgemäss dem später eintretenden Besitzwillen eine Rückwirkung auf den Augenblick der Aprehension zu. Den Geschäftsunfähigen lässt er nur den körperlichen Thatbestand herstellen, erst durch die nachträgliche Zustimmung des Vormundes bezw. des sonstigen gesetzlichen Vertreters komme der Besitzerwerb zustande. Bei dieser Regelung ergeben sich manche Misshelligkeiten, besonders aus dem eventuellen örtlichen Auseinanderwohnen des Geschäftsunfähigen und seines gesetzlichen Vertreters. Viele Geisteskranke behalten, wie Dernburg [1]) hervorhebt, auch nach der Entmündigung ihre Stellung im Wirtschaftsleben bei. Für sie würde es einen schweren Hemmschuh und eine Gefährdung ihrer Existenz bedeuten, wenn der Besitzerwerb auch der kleinsten Sache stets der Zustimmung ihres vielleicht entfernt wohnenden gesetzlichen Vertreters bedürfte. Darum ist die Theorie von Affolter unbrauchbar, sie beruft sich zudem auch auf Stellen, wie c. 3 de acqu. et ret. poss. 7,32 und andere, aus denen nicht auf einen Willen mit rückwirkender Kraft geschlossen werden kann. Ferner ist auch der Besitzwille naturgemäss auf die Zukunft gerichtet, ein Wille mit rückwirkender Kraft ist ein fingierter Wille [2]). Da Affolter für seine ganze Theorie sich dasjenige zum Ausgangspunkt nimmt, was wir soeben besprochen haben, so sind seine weiteren Analogieschlüsse von vornherein nicht vielversprechend. Jedenfalls kann er sich auch nicht darauf berufen, dass die Rechtsordnung aus Fürsorge öfters ein Rechtsverhältnis als schon entstanden ansieht, obwohl ein Thatbestandsmerkmal noch fehlt, wie dies z. B. der Satz „partus pro nato habetur beweise.“ Ohne Not wird die Rechtsordnung zu solchen künstlichen Konstruktionen nicht schreiten, und im vorliegenden Falle bietet sich ein viel einfacherer Weg, den man gegangen ist und den wir oben schon gekennzeichnet haben, nämlich mittels des Besitzerwerbes auch ohne Willen des Besitzers.

Trotz aller Einwände der Gegner bleibt es danach bei den von uns früher gezogenen, auch den Besitzerwerb ohne Willen des Besitzers miteinschliessenden Grenzlinien für die Besitzthatbestände.

---

[1]) Dernburg, Persönliche Rechtstellung, S. 16.
[2]) Kniep a. a. O., S. 101.

Wir scheiden jetzt die Besitzthatbestände im engeren Sinn, bei denen ein Bedürfnis nach einem Klagerecht besteht, von denjenigen Verhältnissen, wo ein Klagerecht nicht gewünscht und daher auch nicht gegeben wird. Unter den Thatbeständen letzterer Art hebt das Gesetz die Besitzdienerschaft in § 855 BGB. hervor, andere vom Gesetz selbst nicht geregelte, eines Klagerechts ebenfalls nicht bedürftige Thatbestände werden sich im Laufe der Untersuchung ergeben. § 855 lautet:

„Übt jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Der Zweck der Bestimmung wird klar aus ihrer Entstehungsgeschichte. § 855 verdankt seine Aufnahme in das BGB. dem scharfen Tadel, der sich wegen des Fehlens einer ähnlichen Satzung gegenüber dem E. I erhob. Dieser knüpfte den Schutz der Inhabung ohne Ausnahme an das blos räumliche Verhältnis des Besitzers zur Sache. Dementgegen machte die Kritik geltend, dass es den Bedürfnissen entwickelter Wirtschaftsperioden allein entspreche, eine gewisse Klasse der Bediensteten vom Besitzklagerecht auszuschliessen. Sie wies hierbei auf das deutsche Recht und das ALR. hin. BGB. stellt demgemäss in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht die Selbständigkeit der Sachinhabung als Merkmal des Besitzschutzes auf.

Derjenige, welcher eine Sache einer unter § 855 BGB. gehörigen Person übergiebt, wie z. B. der Hausherr seinem im Haushalt beschäftigten Dienstboten, behält nach der dem Gesetz zu Grunde liegenden Anschauung die thatsächliche Gewalt bei sich, der Dienstbote stellt nur seine longa manus dar, der Herr ist Besitzer im sozialen Sinn[1]). Dieser erscheint dem Publikum gegenüber als derjenige, welcher die Antastung der Sache durch Dritte als Verletzung ansehen wird, nicht etwa der Besitzdiener trotz seiner Nähe zur Sache. Die Aussenseite des Besitzes legt klar dar, dass der Herr es ist, welcher den Dritten gegenüber die thatsächliche Abschreckungsgewalt hat, und nicht etwa der Besitz-

[1]) Vgl. hierzu Endemann a. a. O. II, S. 135 ff. Kappler a. a. O. S. 56 ff.

diener. Die vom Gesetz in § 855 aufgeführten einzelnen Verhältnisse: „Haushalt und Erwerbsgeschäft," in denen jemand die thatsächliche Gewalt für einen andern ausübt", veranschaulichen der Aussenwelt gegenüber, dass die Stellung des in diesen Verhältnissen für den anderen Thätigen eine abhängige ist, dass hier ein äusserlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. Gleicher Art sind aber auch die diesen als Ausgangspunkt genommenen Verhältnissen vom Gesetz gleichgestellten Verhältnisse, es handelt sich auch hier, wie betont werden muss, nach dem, was das Gesetz diesen ähnlichen Thatbeständen noch zur Charakteristik hinzufügt[1]), um äusserlich erkennbare Abhängigkeitsverhältnisse.

Jedes Besitzverhältnis hat aber, wie oben nachgewiesen ist, neben der äusseren auch eine innere Seite. Wir haben diese letztere früher in der Berührungsmöglichkeit gefunden. Auch bei den eben festgestellten Verhältnissen lässt sich nachweisen, dass der Besitzherr in einer inneren Beziehung zur Sache steht. Der im Haushalt oder Erwerbsgeschäfte für einen andern Thätige ist dem Besitzer gegenüber rechtsverpflichtet, die Sache für ihn bereit zu halten, darin aber liegt die innere Seite des Besitzverhältnisses zur Sache. Vermöge dieser Verpflichtung des Besitzdieners gegenüber dem Besitzherrn hat letzterer eine gewisse Berührungsmöglichkeit der Sache. Das Abhängigkeitsverhältnis kann ein privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches sein. Kraft desselben ist der Inhaber der Sache verpflichtet, den Weisungen des Herrn, wie das Gesetz sagt, Folge zu leisten. Diese letztere Bestimmung wird von einzelnen Autoren im Zusammenhang damit, dass das Gesetz von einem Verhältnis und nicht von einem Rechtsverhältnis spricht, dahin ausgelegt, dass auch ein rein thatsächliches Verhältnis, eine auf ethischen Verpflichtungen beruhende Gehorsamspflicht des Besitzdieners gegenüber dem Befehlsrechte des Besitzherrn zur Annahme eines Besitzdienerverhältnisses genüge[2]).

---

[1]) Das Gesetz schliesst den Nebensatz: „vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat" direkt an die Worte: „in einem ähnlichen Verhältnisse" an und kennzeichnet hierdurch jenen Nebensatz als ergänzenden Zusatz.

[2]) Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrnisbesitzerwerbe, S. 77 ff. Matthiass a. a. O. II § 2 note 2. Vgl. auch Franz Leonhard in der Österr. allgem. Gerichtsztg. 1897 S 281 Fischer-Henle, S. 360 n. 3. Planck a. a. O. § 855 n. 2 S. 36. Dernburg a. a. O. III S. 48 ff. Grützmann, Archiv für sächsisches Recht Bd. 8 S. 327 ff. Schulenburg a. a. O. S 21 ff.

Wir halten dieser Auffassung entgegen, dass es hier an der inneren Seite der Besitzgewalt des Herrn, der Sicherheit, die Sache berühren zu können, fehlen würde.

Schon für das römische Recht finden wir die Meinung vertreten[1]), es bedürfe bei jedem Besitze durch andere einer gültigen Rechtspflicht der Mittelsperson, den Besitz für den Herrn bereit zu halten. Diese Ansicht halten wir auch für das BGB. aufrecht. Von unserm Standpunkt aus können wir auch nicht Bekker[2]) beipflichten, wenn er folgende Voraussetzungen für das Besitzdienerverhältnis feststellt. Er legt den Nachdruck darauf, dass der eine den Weisungen des andern schlechthin „und zwar sofort" Folge leisten muss. Wir sehen in diesen letzteren Worten einen willkürlichen Zusatz, der zudem eine grössere Klarheit in die Sachlage nicht zu bringen vermag[3]). Die Gehorsamspflicht, die Pflicht, den Weisungen des andern schlechthin Folge zu leisten, kann nicht in der Art, wie sie Bekker und Franz Leonhard als Begriffsmerkmal des Besitzdienerverhältnisses aufgestellt wissen wollen, dafür entscheidend sein, ob eine Besitzdienerschaft vorliegt. Da auch Beauftragte und Verwahrer wenigstens hinsichtlich der Herausgabe der Sache dem Auftraggeber bzw. Hinterleger gehorsamspflichtig sind, so müssten auch sie unter § 855 BGB. gehören, wenn man hinsichtlich der Art der Gehorsamspflicht nicht unterscheidet. Von diesen Personen handelt aber § 868 BGB. Danach wird man unter § 855 BGB. nur solche Personen rechnen dürfen, die sich auch hinsichtlich der Behandlung der Sache den Weisungen des andern unterwerfen müssen. Dagegen will das Gesetz denen, welche über die Art der Behandlung der Sache selbst nach eigenem Ermessen befinden können, denen auch um deswillen eine besondere Verantwortlichkeit hinsichtlich ihrer Behandlung aufgebürdet ist, wegen eines aus dieser Verantwortung entspringenden Interesses ein Besitzklagerecht geben. So erklärt es sich, dass man den Verwahrer unter § 868 BGB. stellt. Das Interesse an der Klage entscheidet also in letzter Linie.

Andere Autoren[4]) gestehen nur den Personen Besitz zu, welche hinsichtlich der Sache ein Retentionsrecht geltend machen können.

---

[1]) R. Leonhard, Krit. Viertelj. Schr. Bd. XXIII S. 311 ff.
[2]) Bekker, Iherings Jahrb. Bd. 34, S. 42 ff.
[3]) Ebenso Wildt a. a. O., S. 43 ff. Kappler a. a. O. S. 60 ff.
[4]) Haidlen, Komm. zu § 855. Meisner, Komm. Bd. III. zu § 855.

In diesem Gedanken ist etwas Wahres enthalten. Jedoch darf man hier zunächst das Wort: „Retentionsrecht“ nicht im streng technischen Sinne auffassen. Ferner darf man sich nicht verhehlen, dass die Frage streitig ist, welchen Personen ein Retentionsrecht zukommt[1]).

Wir sind im Vorstehenden zu dem Resultat gekommen, dass der inneren wie der äusseren Seite des Besitzverhältnisses, der Berührungsmöglichkeit wie dem äusseren Anschein des Besitzes, gleiche Beachtung gebührt. Lässt man die eine oder die andere Seite ausser Betracht, so gelangt man zu Fehlentscheidungen.

Wir haben früher das Besitzdienerverhältnis als ein äusserlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis hingestellt. Daher können wir nicht Bunsen[2]) beipflichten, wenn er dem Vormund die Rolle eines Besitzdieners zuerteilt. Der Vormund ist kein abhängiger Inhaber, er braucht den Weisungen des Mündels nicht zu gehorchen[3]). Nur aus diesem Grunde, nicht dagegen etwa deshalb, weil der Vormund zum Mündel, wie die Gegner sagen, nur in einem Rechtsverhältnisse stehe, ist er nicht als Besitzdiener anzusehen. Das Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel ist gleichzeitig auch ein „Verhältnis.“

Ebenso wenig wie Bunsen, können wir Dernburg[4]) beistimmen, wenn er den Vorstand einer Korporation oder Genossenschaft oder den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Personen, die eine der Stellung des gesetzlichen Vertreters ähnliche Stellung einnehmen, unter § 855 BGB. gestellt wissen will. Diese Personen haben innerhalb statutarischer und gesetzlicher Bestimmungen einen weiten Spielraum für das eigene Ermessen und demgemäss auch eine hieraus entspringende Verantwortung, sie haben gegenüber den Weisungen anderer Organe der betreffenden Korporation bzw. Gesellschaften mindestens ein Prüfungsrecht hinsichtlich des formellen gesetzlichen Zustandekommens der ihnen übermittelten Anweisungen. Schon dieses Prüfungsrecht und die sich hieraus ergebende Folgerung, dass nicht jede Anweisung irgend welcher Art, sondern nur innerhalb der Kompetenzen ge-

---

[1]) Vgl. Josef a. a. O. S.
[2]) Brunsen a. a. O., S. 12.
[3]) Meisner, Komm. III, S. 88 ff. Franz Leonhard a. a. O., S. 77 ff.
[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht II, S. 49.

haltene Anordnungen anderer Organe für die umstehend genannten Personen bindend sind, weist uns darauf hin, dass man nicht mit Dernburg ihre Stellung als diejenige eines Besitzdieners betrachten kann. Mit einem Abhängigkeitverhältnis ist nicht dieses oben erwähnte Prüfungsrecht vereinbar, der Besitzdiener hat jeder Weisung hinsichtlich der Behandlung der Sache zu gehorchen. Dass aber das Gesetz ein Abhängigkeitsverhältnis fordert, ergiebt sich sowohl aus dem was früher hierüber gesagt worden ist, wie aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 855 BGB. In II. Lesung beschloss man statt der Worte: „in einem ähnlichen Verhältnisse“ zu sagen: „in einem sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse.“ Von dieser Fassung ist die jetzige nicht verschieden, da ein dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft ähnliches Verhältnis ein Abhängigkeitsverhältnis sein muss[1]).

Wir haben jetzt noch davor zu warnen, dass man das Vorhandensein des Abhängigkeitsverhältnisses nach gewissen mechanischen Regeln zu bestimmen versuche. Franz Leonhard[2]) stellt folgende Voraussetzungen auf. Er lässt die örtliche Lage der Sache, ihre Zugehörigkeit zu den Zwecken des Dienstes und endlich ein Unterordnungsverhältnis in Bezug auf die Sache für die Frage massgebend sein, ob ein Besitzdienerverhältnis vorliegt. Der von F. Leonhard[3]) zum Erfordernis gemachte örtliche Befehlsbereich spielt nicht eine massgebende Rolle. Dies zeigen verschiedene Beispiele. Nicht alles, was im Haushalt oder Geschäft sich befindet, steht im Besitze des Herrn, sondern nur das, was durch Verfügung des Herrn zum Gebrauch im Hause oder Geschäft bestimmt wurde, an den eigenen Sachen hat der Besitzdiener selbst den Besitz, wenn sie sich auch im Hause des Herrn befinden[4]). Andererseits stehen auch Sachen im Besitze des Herrn, die sich ausserhalb des Hauses und der umschlossenen Liegenschaften desselben befinden, wie z. B. Geschäftswagen, Wirtschaftsgeräte etc.[5]).

---

[1]) E. II § 778. Planck a. a. O. z. § 855. Biermann a. a. O., z. § 855.
[2]) Franz Leonhard a. a. O., S. 77.
[3]) F. Leonhard, S. 75 ff.
[4]) Endemann a. a. O., S. 135 ff.
[5]) Endemann a. a. O. II, S. 130.

Schon daraus ist zu entnehmen, dass wir F. Leonhard hier nicht beitreten können, ebensowenig können wir aber auch Scherer[1]) beipflichten. Er beurteilt die Frage, ob die selbständigen Leiter eines Geschäfts z. B. Prokuristen Besitzdiener sind, danach, ob der Prinzipal selbst am Orte ist. Diese Ansicht ist ohne Zusammenhang mit dem vermutlichen Zwecke des Gesetzes, es darf nicht darauf ankommen, wie viel Zeit nötig ist, damit die Anweisungen vom Herrn an den Besitzdiener gelangen. Wir müssen bezüglich der Frage, ob in diesen Fällen Besitzdienerschaft anzunehmen sei, auf die früheren Ausführungen verweisen. Nach diesen können wir auch die sonstigen von F. Leonhard aufgestellten Voraussetzungen nicht für massgeblich erklären. Wir halten ja z. B. im Gegensatz zu ihm nicht blos ein Verhältnis thatsächlicher Unterordnung für genügend, sondern fordern eine rechtlich bindende Verpflichtung des Besitzdieners, die Sache für den Herrn bereit zu halten.

Einige vom Gesetzeswortlaut des § 855 BGB. nicht getroffene, aber der Besitzdienerschaft verwandte Besitzthatbestände verdienen ihr gleich gestellt zu werden. Eine thatsächliche Gewalt übt derjenige Dienstmann allein nicht aus, der mit mir zusammen einen Koffer trägt. Er ist ein blosses Besitzwerkzeug, eine Beihülfe zum Besitze. Er verdient kein Klagerecht, wohl aber wegen eines vorhandenen Schutzbedürfnisses die gleiche Stellung wie der Besitzdiener. Ebenso verhält es sich mit den blossen Nebenbesitzern, denen ein abgesondertes Stück der Aussenwelt nicht zur Berührung überwiesen ist[2]). Diese Nebenbesitzer, „qui in possessione sunt non loco domini, sed juxta dominum“ wie z. B. der Logierbesuch, der in der Wohnung des Klavierlehrers das Klavier berührende Klavierschüler haben dasselbe Bedürfnis nach einem Besitzesschutz, wie die Besitzdiener. Daher kann man nicht Goldmann-Lilienthal[3]) und andern beistimmen, sie betrachten in den Fällen, wo der Besitzer einem andern in der unmittelbaren Nähe befindlichen eine Sache zum Halten giebt, den andern weder als Besitzer noch als Besitzdiener. Wenn sie sagen, es verhalte sich nicht anders

[1]) Scherer, Komm. Bd. 2 S. 13 n. 21.
[2]) Vgl. R. Leonhard, Instit.
[3]) Goldmann-Lilienthal a. a. O., S. 229 n. 3. Bartels, Gruch. Beitr. 42, S. 654. F. Leonhard a. a. O., S. 63 ff.

wie in dem Falle, wo man eine Sache auf einen in der Nähe befindlichen Tisch lege, so verkennen sie, dass ein Schutzbedürfnis bei diesem Andern nicht weniger vorliegt wie bei einem Besitzdiener.

Nachdem wir die eigentlichen, mit Besitzklagerecht ausgestatteten Besitzthatbestände von denen ohne Klagerecht gesondert haben, wenden wir uns jetzt zu den eigentlichen Besitzverhältnissen.

Nach den oben gegebenen Ausführungen besteht das Merkmal des mit dem vollen Besitzesschutze, insbesondere auch dem des § 861 BGB. ausgestatteten Besitzes in der Selbständigkeit der Sachinhabung [1]). Dadurch wird die Zahl der Besitzer eine sehr grosse, welche den vollen Besitzesschutz im Gegensatz zum früheren Rechte geniessen. Da es auf die positive Willensrichtung nicht ankommt, so steht hier neben dem Eigenbesitzer die grosse Gruppe der Fremd- Nutz- oder Verwahrungs-Besitzer, welche die Sache als eine ihnen auf Zeit zu Besitz gebührende besitzen [2]).

Niessbraucher und Pfandgläubiger haben Besitz kraft dinglichen Rechts, dem Mieter, Pächter, Leiher und Retentionsberechtigtem steht Besitz und Besitzesschutz als obligatorisch Berechtigtem zu; Verwahrer, Beauftragte und Frachtführer [3]), haben als obligatorisch Verpflichtete Besitz und Besitzesschutz, ebenso der Finder. Besitzer sind ferner der Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter und die gerichtlich bestellten Verwalter als Verwaltungsbesitzer im engeren Sinne. Der Ehemann und der Inhaber der elterlichen Gewalt sind bezüglich des ihnen zur Nutzniessung bestimmten Gutes Besitzer. Schon diese Aufstellung zeigt, dass es für die Annahme des Besitzes gleichgültig ist, ob ein eigenes oder fremdes Interesse an der Sache vorliegt [4]).

---

[1]) Anders Fischer, Sammlung von Vorträgen über das Sachenrecht des E. I. S. 9 ff. wie hier: Matthiass a. a. O. II § 2. Neumann zu § 868.

[2]) Dernburg a. a. O., S. 49. Endemann a. a. O. § 33.

[3]) Auch den Schiffer muss man als Besitzer des Schiffes betrachten, das Verhältnis zwischen Rheder und Schiffer ist nicht ein dem Erwerbsgeschäft Ähnliches, es handelt sich hier um kein Abhängigkeitsverhältnis der in § 855 gekennzeichneten Art. Der Schiffer hat für die Behandlung des Schiffes und der in seinem Schiffe befindlichen Sachen eine eigene Verantwortung, die bei ihm auch ein Interesse nach eigenem Besitzklagerecht hervorruft. Wie hier Kniep a. a. O., A. M. Dernburg a. a. O. Isay, Geschäftsführung S. 293.

[4]) Bezgl. der Stellung der gesetzlichen Vertreter vgl. S. 157 ff., Enneccerus Lehmann II S. 202. Isay, S. 265, Männer, Recht der Grundstücke. S. 91.

Die infolge dieser weiten Ausdehnung des Besitzbegriffs an das Gesetz herantretende Frage, ob der Besitzesschutz des Pächters u. s. w. zu einem Nichtbesitz des Verpächters u. s. w. oder zu einem Doppelbesitz beider führen solle, konnte, dem Leben entsprechend, nur im letzteren Sinne entschieden werden. BGB. § 868 statuiert im Anschluss an die geschichtlichen Vorbilder des deutschen Rechts[1]) und des ALR.[2]) daher einen Doppelbesitz[3]).

„Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer.“ (mittelbarer Besitz)[4]).

Der unmittelbare und der mittelbare Besitzer geniessen neben einander vollen Besitzesschutz. Der mittelbare Besitz steht dem unmittelbaren Besitz in der Art gleich, dass unter Besitz überall im BGB. auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist, soweit sich nicht für den Einzelfall anderes ergiebt[5]). Für den Besitzesschutz ist die Modifikation des § 869 zu beachten.

Es ist irrig, wenn Wendt[6]) den mittelbaren Besitz dementgegen als einen Nichtbesitz auffasst, der lediglich infolge des Ergebnisses eines Rechtssatzes neben den Besitz des unmittelbaren Besitzers durch Fiktion gestellt werde[7]). Seine Ansicht, die den mittelbaren Besitz zu einem Nebenklagerecht herabdrücken und

---

[1]) Heusler, Gewere S. 144, Stobbe-Lehmann, Deutsch. Pr. R. II 198 n. 27.

[2]) ALR. I 7 §§ 1 ff.

[3]) Reatz, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 817—819.

[4]) Kniep a. a. O., S. 16 nennt den mittelbaren Besitzer „Zeitbesitzer,“ den unmittelbaren Besitzer „Dauerbesitzer,“ während Endemann a. a. O. 2. S. 125 den Ausdruck „Besitzmittler“ für den unmittelbaren Besitzer hat.

[5]) Prot. VI, S. 237 XIII. Fischer, deutsch. Jur. Zeitung 1898. S. 369. Turnau-Förster a. a. O. z. § 868 n. 1

[6]) Arch. f. Civ. Prax. Bd. 75 S. 61 ff. und Gutachten, Verh. des 24. Juristentages II b S. 6. Bartels a. a. O., S. 652, 659. Wildt a. a. O. S. 14 ff. Klein, Der mittelbare Besitz des BGB., Bonn. Diss. 1899.

[7]) Gegen Wendt: Franz Leonhard a. a. O., S. 70. Gierke a. a. O. S. 7. Fischer-Henle zu § 868. Strohal a. a. O., S. 17 u. a. m. Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht Bd. II S. 14. Kniep, der Besitz des BGB. S. 7 ff. 15 ff. Klein hält den mittelbaren Besitz für einen fiktiven Besitz, stellt ihn aber dem unmittelbaren Besitz völlig gleich. Künkler, Der Selbsthülfeschutz des Besitzers nach § 859 BGB., bezeichnet den mittelbaren Besitz als „ideal-“ rechtliches Verhältnis“.

zwar mit demjenigen des § 869 BGB. seine Bedeutung als erschöpft ansehen will, ist jetzt überwunden[1]). Wendt folgert mit Unrecht aus den Worten des § 868: „oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen etc.“, dass nur ein zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehendes Rechtsverhältnis, das nur ein obligatorischer Rechtsanspruch sein könne, der eigentliche Träger des mittelbaren Besitzes sei. Er verstösst schon insofern gegen das Gesetz, als er die Worte: „so ist auch der andere Besitzer“ nicht genug berücksichtigt. Zur Andeutung fiktiven Besitzes würde das Gesetz den Ausdruck: „so gilt auch der andere als Besitzer“ verwenden[2]). Hätte das Gesetz nur das, was Wendt will, beabsichtigt, so hätte es dies unzweideutiger und einfacher ausdrücken können. Kniep S. 14.

Wendt übersieht ferner das Wort „ähnlich“ in der Zusammensetzung: „oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber etc.“

Wendt ist durch die Fassung der Teilentwürfe des E. II irre geführt worden, welche durch die Gesetzesbestimmung des § 985 abgestellt ist. Die Protokolle sagen, der mittelbare Besitzer sei bei der rei vindicatio passiv legitimiert, da er ja sonst in „allen“ Fällen vom BGB. als Besitzer behandelt werde.[3]) Darin liegt eine Anerkennung unseres Standpunktes. Mit Recht frägt man auch mit Kniep, Seite 7 ff. warum für einen persönlichen Anspruch der Ausdruck „mittelbarer Besitz“ sonst gebraucht wäre!

Die Nichtbeachtung des eben besprochenen Wortes: „ähnlich“ bringt Wendt dazu, auch einen mittelbaren Besitz des Verlierers anzunehmen[4]). Wendt stützt sich darauf, dass der Finder nach § 966 BGB. zur Verwahrung der Sache verpflichtet sei, daher ein Fall

---

[1]) Förtsch, Gruchots Beitr. Jahrg. 1899, S. 545. Gierke, Fahrnissbes. S. 7 n. 45 Gutachten, Verh. des 24. Juristentags, S. 32. Mit Recht hebt Kniep a. a. O., S. 14 hervor, dass der mittelbare Besitz ja schon deshalb nicht auf den § 869 BGB. beschränkt sein könne, da in § 1006 BGB. die Eigentumsvermutung zu Gunsten des mittelbaren Besitzers Platz greife.

[2]) Anders wohl Prot. II, S. 3946 Bd. 3, S. 332, diese sind nicht entscheidend.

[3]) Fischer, Juristen Ztg. Jahrg. 1898, S. 369 vgl. Turnau-Förster a. a. O. zu § 868 n. 1, Prot. VI S. 237 XIII.

[4]) Wendt a. a. O., S. 61 ff. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 698, wie hier: Planck z. § 868 n. 2. Gierke, S. 7. Strohal S. 24. Endemann, S. 126. Biermann S. 19. — Wie Wendt: Klein a. a. O. S. 67 ff

der obligatorischen Verpflichtung zum Besitze auf Zeit gegenüber dem Verlierer vorliege, die diesen zum mittelbaren Besitzer mache. Das Finden stelle den verlorenen Besitz gleichsam wieder her. Ebenso konstruiert Wendt mit Rücksicht auf die dem Schatzfinder obliegende Verwahrungspflicht einen mittelbaren Besitz des Grundeigentümers am Schatzfunde aus den oben dargestellten Gründen.

Diese Fälle sind nicht den gesetzlichen Beispielen des § 868 ähnlich [1]). Sie haben mit diesen letzteren nur das gemeinsame Merkmal, dass bei allen ein Anspruch auf Herausgabe einer Sache gegen den anderen besteht. Verpächter, Vermieter, Verpfänder, Deponent und der Eigentümer der Niessbrauchsache haben zwar einen Herausgabeanspruch gegen den Pächter, Mieter, Pfandgläubiger, Depositar und Niessbraucher ebenso wie der Verlierer einen solchen gegen den Finder. Doch zeigen die gesetzlichen Beispiele ein dem Verhältnis zwischen Finder und Verlierer durchaus abgehendes gemeinsames Charakteristikum.

Dem Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer — dies sind die gesetzlichen Beispiele — hat der bisherige Besitzer den Besitz auf Zeit überlassen, „anvertraut [2]).“ Dieser Umstand, kraft dessen der gegenwärtige unmittelbare Besitzer sein nur zeitliches Recht zum Besitz von dem Überlassenden ableitet, macht den letzteren zum mittelbaren Besitzer [3]). Ein Blick auf die Enstehungsgründe des mittelbaren Besitzes zeigt uns als allgemeine Voraussetzung für jeden mittelbaren Besitz die Thatsache, dass der Übernehmende den Besitz als einen ihm von demjenigen auf Zeit „anvertrauten“ zu behandeln hat, welchem gegenüber er auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist [4]). Mittelbarer Besitz ist daher ebenfalls anzunehmen in den Fällen, wo

---

[1]) So Planck z. § 868. Gierke, S. 7. Strohal, S. 24. Endemann, S. 126. Fr. Leonhard, S. 71. Leske, Vergl. Darst. des BGB. u. ALR. S. 358.

[2]) Strohal a. a. O., S. 20. Förster-Turnau zu § 868. Matthiass II § 2 III, S. 7, anders Kniep a. a. O., S. 119 ff., der Herausgeber.

[3]) F. Leonhard betrachtet als entscheidendes Merkmal für das Vorhandensein des mittelbaren Besitzes die Thatsache, dass der Besitzmittler aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzes erworben haben muss, dagegen Isay S. 274.

[4]) Strohal a. a. O., S. 20 ff. Wildt, Erlanger Diss. S. 34 ff. Turnau-Förster a. a. O. zu § 869. Matthiass II § 2, S. 7. anders Kniep a. a. O., S. 119.

jemand auf Grund einer gerichtlichen Einweisung[1]) in den Besitz gesetzt wird oder sich aus einer aus dem Gesetz ergebenden Befugnis auf Zeit in den Besitz setzt[2]). Hier bekommt der gegenwärtige unmittelbare Besitzer den Besitz auf Grund eines dem bisherigen Besitzer gegenüber wirksamen Rechtsverhältnisses. Dadurch entsteht mittelbarer Besitz für letzteren. Die Ähnlichkeit mit den in den gesetzlichen Beispielen zu Tage tretenden Grundsätzen liegt auf der Hand bei den Fällen, wo jemand als Vertreter eines andern Besitz in der Weise erwirbt, dass er für sich selbst den unmittelbaren Besitz erlangt und dem Vertretenen nur mittelbaren Besitz verschaffen kann.

Hieraus folgt, dass der Verlierer nicht mittelbarer Besitzer sein kann[3]), auch nicht der Grundeigentümer bei dem Schatzfund. Wenn allein das Bestehen des Restitutionsanspruches genügte und nicht ausserdem ein den gesetzlichen Beispielen ähnliches Verhältnis erforderlich wäre, so bestände auch ein mittelbarer Besitz des Eigentümers einer gestohlenen Sache, da er gegen den Dieb einen obligatorischen Rückgabeanspruch hat. Gegen Wendt spricht auch, dass das Fehlen eines Rechtsanspruches gegen den unmittelbaren Besitzer zur Entziehung des mittelbaren Besitzes nicht führt, da schon ein putatives Schuldverhältnis genügt[4]). Ferner wird der mittelbare Besitz in vielen Fällen beendigt, ohne dass zugleich der Restitutionsanspruch wegfällt[5]).

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der mittelbare Besitz mehr ist als ein blosser Restitutionsanspruch und ein blosses Nebenklagerecht. Er ist ein wahrer Besitz, der allerdings nur mit dem geistigen Auge unter Würdigung der Lebens- und Rechtsverhältnisse erkennbar ist. Dies ist aber die Folge davon, dass der Besitzbegriff ein sozialer Gewaltbegriff ist.

---

[1]) § 1052 BGB.

[2]) §§ 1607, 1638, 1649, 1684 BGB.

[3]) Franz Leonhard a. a. O., S. 72 und Planck zu § 868: Der Finder ist dem Verlierer nicht auf Zeit zum Besitz verpflichtet, da er nach § 967 den Besitz jederzeit der Polizei überlassen kann, wie hier auch Bartel, Erlanger Diss. 1899 S. 13 vgl. Isay, Geschäftsführung S. 279.

[4]) Franz Leonhard a. a. O., S. 71 Mot. III, S. 99. Prot. II, S. 3683 Bd. 3, S. 198 Planck zu § 868 n. 2 b. S. Stobbe-Lehmann II S. 198 n. 27. A. A. Bartels, S. 659 Prot. II, S. 3704 Bd III 210.

[5]) Cosack a. a. O., vgl. auch Klein a. a. O. S. 52 ff. Gierke, Juristentags Verh. 24 III. S.

Die vorstehende Betrachtung erweist ferner die Unrichtigkeit der Annahme, dass hinter einem Besitzer, der nicht Eigenbesitzer ist, immer noch ein Eigenbesitzer stehen müsse[1]). Es giebt Besitzfälle, wo der Besitzer nicht Eigenbesitzer ist und dennoch sein Recht zum Besitz nicht von einem mittelbaren Besitzer ableitet, wie dies der Fall bei dem redlichen Finder ist. Andererseits ist z. B. im Falle des § 1052 der von Wendt genannte „abgeleitete“ Besitzer Eigenbesitzer, der mittelbare Besitzer dagegen besitzt die Sache aus einer anderen causa.

Ebenso unrichtig wie die extensive Auslegung der Besitzfälle des § 868 durch Wendt ist, was die Klageberechtigung betrifft, die Auslegung von Endemann[2]). Er will mittelbaren Besitz nicht originär aus der Handlung des Besitzergreifers entstehen lassen, daher weder durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag noch originär durch einen Beauftragten[3]). Hinsichtlich des letzteren Falles steht Endemann schon entgegen, dass die obligatorische Bindung des Beauftragten bereits vorher stattgefunden hat[4]).

Der Vollständigkeit halber sind noch zwei Fälle zu erwähnen, in denen mittelbarer Besitz angenommen wird. Der Gerichtsvollzieher ist vermittelnder Besitzer für den Gläubiger und für den Schuldner, bezüglich der im Auftrag des Gläubigers gepfändeten Sachen des Schuldners[5]). Der Gerichtsvollzieher ist beiden gegenüber zum Besitz berechtigt bezw. verpflichtet.

Der Konkursverwalter ist vermittelnder Besitzer, der Gläubiger und Cridar sind mittelbare Besitzer[6]). Gleiches gilt vom Testamentsvollstrecker, Nachlass- Zwangs-Verwalter.

---

[1]) Bekker, Jh. Jahrb. 34,22.

[2]) Endemann S. 127 n. 8. gegen Endemann: Windscheid-Kipp a. a. O. S. 698. No: 1b.

[3]) So auch Planck zu § 868. vgl. hierzu Isay S. 278.

[4]) Gegen Endemann D. betreff. Änderungen der CPO., S. 19. vgl. Strohal S. 12 Franz Leonhard S. 60 Mit Recht hebt F. Leonhard hervor, dass die Bedeutung des mittelbaren Besitzes sehr herabgemindert würde, wenn man die Fälle des mittelbaren Besitzes, so wie Endemann will, einschränkte.

[5]) wie hier Bartels a. a. O., S. 671, 672. Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 230 n. 5. Ennecerus-Lehmann II S. 14 Kniep a. a. O., S. 143, der im Falle des § 808 Absatz CPO. einen unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers wie des Schuldners als Eigentümers annimmt.

[6]) a. M. Bendix, Die Besitzlehre nach dem BGB. S. 7.

Es mag ebenfalls noch hier angereiht sein, dass bei dem Erbpachtbesitz nicht aus dem Grunde ein mittelbarer Besitz geleugnet werden darf, weil der Erbpachtbesitzer nicht „auf Zeitbesitz“ beschränkt sei[1]).

Damit sind die Fälle, in denen ein mittelbarer Besitz eintritt, festgestellt. Es ist nun die Aufgabe, zu zeigen, welchen Besitzesschutz wir dem mittelbaren Besitzer gewähren.

Schon oben ist unter Berufung auf den Wortlaut und Sinn des § 868 gezeigt worden, dass der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren Besitzer überall im BGB. präsumtiv gleichsteht, sofern nicht ausdrückliche Ausnahmen erfolgen. Eine notwendige Konsequenz dieses Satzes auf dem Gebiete des Besitzesschutzes des mittelbaren Besitzes ist es, dass der mittelbare Besitzer für befugt erachtet werden muss, die Klage aus § 861 BGB. sowohl gegen den vermittelnden Besitzer anzustrengen[2]), der sich verbotener Eigenmacht schuldig macht, wie gegen den Dritten, der ihm mit Zustimmung des vermittelnden Besitzers den Besitz entzieht[3]). Ausserdem ist der mittelbare Besitzer gemäss § 869 BGB. berechtigt, in den Fällen, wo gegen den vermittelnden Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, die Einräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu fordern. Strohal[4]), Biermann und andere geben dem mittelbaren Besitzer dagegen nur einen beschränkten, davon, dass gegen den vermittelnden Besitzer ver-

---

[1]) Gierke, Fischer Abhdl., S. 7 n. 10 vgl. Brettner, Arch. f. Bürg. R. Bd. 17, S. 227, anders Bartels a. a. O., S. 647 vgl. auch Kniep a. a. O., S. 127. Er lässt den Inhalt des Begründungsvertrages entscheiden, wie Wendt, Windscheid-Kipp a. a. O., S. 608 No. 1 b. Kniep a. a. O., S. 135 ff. rechnet jedenfalls den Erbbauberechtigten dann zu den unmittelbaren, den, der das Erbbaurecht einräumte, zu den mittelbaren Besitzern, wenn eine auflösende Bedingung hinzugefügt oder die Einräumung bis zu einer bestimmten Zeit erfolgte, im übrigen bei unbeschränkter Dauer lässt er den Inhalt des Begründungsvertrages für die Frage entscheiden, ob unmittelbarer Besitz vorliegt, vgl. auch Klein a. a. O. S. 69 ff.

[2]) So Kniep a. a. O., S. 9. a. M. Denkschrift a. a. O. Klein a. a. O. S. 40 ff.

[3]) So auch Bekker a. a. O., S. 69. Fischer a. a. O. 6. Gierke a. a. O. S. n. 15. Meisner, Komm. zum BGB. Bd. III, S. 27 n. 8.

[4]) Strohal a. a. O., S. 121. Wendt a. a. O., S. 52 ff. Achilles a. a. O. Bartels a. a. O., S. 680 Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 243 Planck z. § 869 n. 2 und Erl. 5 zu § 868, Bunsen II, S. 17. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 700 unter 6. Isay S. 280.

botene Eigenmacht ausgeübt wird, abhängigen Besitzesschutz. Sie berufen sich hierfür auf die Protokolle[1]) und die Denkschrift, sowie darauf, dass die Spezialbestimmung des § 869 der des § 868 vorgehe. Es kann aber der Berufung auf die Materialien keine Bedeutung beigemessen werden, wenn der Gesetzeswortlaut des § 868 eine anderere Ansicht ausdrückt, als die Mehrheit in der Kommission hatte. § 868 bekundet aber durch die Worte: so ist auch der andere Besitzer" sehr bestimmt, dass der mittelbare Besitz dem vermittelnden Besitz gleichwertig ist. § 869 BGB. will sich ferner gar nicht mit § 868 BGB. in Widerspruch setzen, beide §§ sind neben einander und zwar im Einklang mit einander sehr gut zu verstehen. § 869 BGB. will nur den Fall regeln, wo verbotene Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer verübt ist und daraus sowohl dem vermittelnden wie dem mittelbaren Besitzer ein Klagerecht erwächst, ohne die Frage berühren zu wollen, ob ein Besitzesschutz des mittelbaren Besitzers auch unabhängig von dem des vermittelnden Besitzers besteht.[2]) In dem letzteren Falle war es nicht streitig, wem der Besitz der Sache zugesprochen werden müsse, da die verbotene Eigenmacht hier gegen den mittelbaren Besitzer gerichtet war[3]), während im ersteren Falle man an sich sowohl dem unmittelbaren wie dem mittelbaren Besitzer die Besitzklage hätte geben können. Damit ist auch jene Ansicht widerlegt, dass § 869 als spezielle Bestimmung derjenigen des § 868 vorgehe.

Was aber die Strohal'sche Auslegung des § 868 BGB. betrifft, so wird ihre Unrichtigkeit durch den Gesetzestext selbst schon offenbar, da Strohal, der den mittelbaren Besitz als einen Besitz anderer Art wie den unmittelbaren Besitz bezeichnet, von vornherein die oft angezogene Stellung des mittelbaren Besitzes als „Auchbesitz" im BGB. entgegensteht. Strohal meint, man müsse immer erst durch Auslegung feststellen, ob eine für den „Besitz" ohne Zusatz gegebene Vorschrift sich auch auf den „mittelbaren" Besitz beziehe[4]). Zur Unterstützung seiner Ansicht beruft

---

[1]) Prot. II S. 3946 Bd. 3 S. 332.

[2]) ebenso Klein a. a. O., der hervorhebt, dass § 868 nach der Auslegung von Wendt überflüssig wäre.

[3]) S. S. 151 oben.

[4]) Wie Strohal auch Windscheid-Kipp a. a. O.

er sich darauf, dass das Volk einen hinter dem Besitz des unmittelbaren Besitzers stehenden Besitz nicht annerkenne[1]). Die Bezeichnung des hinter dem vermittelnden Besitzer stehenden Eigentümers etc. als Besitzer passe nur insofern, als ihm in gewissen Beziehungen der sachenrechtliche Besitz des andern zugerechnet werde. Die heutige Volksanschauung steht aber dem Doppelbesitze durchaus nicht fremd gegenüber. Wenn das Volk entgegen der römischen Vorstellung Pächter und Mieter, Leiher etc. als Besitzer ansieht, so spricht es doch deshalb dem Verpächter, Vermieter etc. den Besitz der Sache nicht ab[2]). Die Bedürfnisse des privatrechtlichen Verkehrs erfordern eine weite Ausdehnung des Besitzbegriffes. Mit Recht betont Gierke[3]), das Volk würde es nicht verstehen, wenn man den Reisenden, der sein Gepäck aufgegeben habe, nicht mehr als Besitzer desselben, den Deponenten, der seine Papiere bei einer Bank hinterlegt habe, nicht mehr als Besitzer derselben betrachten solle. Es besteht eben in allen diesen und ähnlichen Fällen ein mehrfaches Herrschaftsverhältnis zur Sache, welches wahrer Besitz ist, wenn es auch nicht sinnlich, sondern nur mittelst des geistigen Auges wahrnehmbar ist[4]). Strohal selbst behandelt als Merkmal des mittelbaren Besitzes die Behandlung der Sache als einer anvertrauten durch den unmittelbaren Besitzer. Spricht sich von selbst darin nicht aus, dass ein gleichwertes Doppelbesitzverhältnis vorliegt?.

Unsere Auffassung, dass der mittelbare Besitz mit dem unmittelbaren Besitz auf einer Linie stehe, ein Doppelbesitzverhältnis darstelle, findet darin noch eine starke Stütze, dass das deutsche Recht und das ALR. bereits Doppelbesitzverhältnisse kannten[5]). Es ist aber aus dem Abschnitt des BGB. über die Besitzlehre ersichtlich, wie sehr überall das deutsche Recht auf die Gestaltung des BGB. eingewirkt hat, und schon daraus ist zu entnehmen, dass die deutschrechtliche Gestaltung der mehrfachen Gewere nicht un-

---

[1]) Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift 30, S. 483. Biermann, Komm. zu § 868 n 1.

[2]) so Fr. Leonhard a. a. O. S. 70, 71.

[3]) Verhandl. d. 24. Juristentags III, S. 32. vgl. auch Bartel a. a. O. S. 14 ff.

[4]) ähnlich Meisner, Komm. zu § 868; a. M. Klein a. a. O. S. 28 ff.

[5]) ALR. I 7 §§ 1 ff.

beachtet vom BGB. gelassen worden sein kann[1]). Thatsächlich zeigt die Regelung des Doppelbesitzverhältnisses des BGB., insbesondere die Annahme eines mittelbaren Besitzes zweiten Grades[2]), der durch nochmalige Überhöhung des mittelbaren Besitzes durch mittelbaren Besitz zu Stande kommt, so viele gleichartige Züge, dass man hierin nur die Abbilder der deutschrechtlichen Gestaltung sehen kann[3]).

Das ältere deutsche Recht erkennt bei Grundstücken eine doppelte Gewere derart an, dass z. B. Lehns-, Satzungs-, Leibzuchts- und Leihegewere eine gleichzeitige egenlike Gewere nicht ausschliessen[4]). Das preussische Recht lässt ebenfalls neben dem unvollständigen den vollständigen Besitz fortdauern.

Im römischen Recht ist die Gestaltung folgende: Der Pfandbesitzer erhält selbst Sachbesitz und hebt damit den Besitz des Verpfänders quoad interdicta, nicht aber quod usucapionem auf, der Mieter ist nur in possessione, seine Detention lässt den Sachbesitz des Vermieters fortbestehen, der Niessbraucher erhält zur Detention juris quasipossessio, gleichzeitig wird die rei possessio des Eigentümers anerkannt, der Prekarist hat Sachbesitz, jedoch dauert der Sachbesitz des Verleihers fort (fr. 15 § 4 D. de prec. 43,26)[5]).

Durch diese geschichtliche Betrachtung erachten wir im Zusammenhang mit der Auslegung des § 868 den Beweis erbracht, dass man ein Doppelbesitzverhältnis annehmen muss und auf Grund desselben dem mittelbaren Besitzer nur denjenigen Besitzesschutz gewähren kann, wie wir ihn geben. Eine Verkümmerung desselben bedeutet es, wenn man dementgegen dem mittelbaren Besitzer nur einen vom Schutz des unmittelbaren Besitzes

---

[1]) so auch Franz Leonhard a. a. O., S. 70. Gierke a. a. O., S. a. A. Prot., S. 3946.

[2]) Weyl a. a. O. nennt diesen Besitz einen „mittelbar-mittelbaren“. vgl. auch Windscheid-Kipp a. a. O., S. 700.

[3]) über Fälle mehrfachen mittelbaren Besitzes z. B. bei dem Gesamtgläubigerverhältnis (428 BGB.) oder im Falle des § 432 BGB. vgl. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 700 No. 5.

[4]) Fischer, Deutsche Juristenztg. 1898, S. 367. Gierke, Fischers Abhandlgen. S. 7.

[5]) Fischer a. a. O., S. 367.

abhängigen Schutz giebt. Es ist dies zugleich kein Vorteil für die geschäftliche Moral, wie Reatz mit Recht sagt[1]).

In Anknüpfung an die mehrfache Gewere besteht, wie hier im Anschluss an die geschichtliche Betrachtung gesagt sein muss, ein entfernt mittelbarer Besitz in mehrfacher Stufenfolge.

Wir haben bisher an dem im Grunde auf die thatsächliche Gewalt gestellten, ein soziales Gewaltverhältnis bildenden Besitzbegriff des BGB. festgehalten.

Wir haben nun bei der Fortsetzung der Besprechung der Fälle der Klageberechtigung aus § 861 BGB. solche zu erwähnen, wo der Besitz aus dem Rahmen des rein thatsächlichen Verhältnisses heraustritt[2]).

Zunächst stellt sich der Besitz des Erben als ein selbständiges Rechtsverhältnis dar[3]). Der infolge der Opposition gegen § 2052 E. I. in das BGB. aufgenommene § 857 sagt: „Der Besitz geht auf den Erben über," während in E. I und E. II eine Norm bezüglich der Vererblichkeit des Besitzes fehlte[4]). BGB. schliesst sich hier an den altdeutschen, auch in das französische Recht aufgenommenen Satz an:

„Der Tote erbt den Lebenden[5])."

Damit gewinnt das Wesen der ideellen Gewere, die wir als ein auf der rechtlich verbürgten Kraft einer öffentlichen Berufung beruhendes, dadurch zum formellen Herrschaftsverhältnis gewordenes und von dem physischen Gewaltverhältnis losgelöstes Verhältnis ansehen, auch für das BGB. Bedeutung[6]).

Auf den Streit über das Wesen der ideellen Gewere kann hier nicht eingegangen werden, es genügt anzuführen, dass sich

---

[1]) Reatz, Gutachten des Anwaltstandes, S. 804 ff.

[2]) Gierke, Fischers Abh., S. 3, ähnlich Enneccerus-Lehmann Bd. II, § 5, S. 10.

[3]) Kniep a. a. O., S. 168—189.

[4]) E I § 2052, vgl. über die Kritik des E I § 2052 die bei Preiser, die Vererblichkeit des Besitzes, Bresl. Inaug.-Diss. 1892, S. 42 n. 1 citierten Autoren.

[5]) Näheres bei Cosack, Der Besitz des Erben, Weimar 1877, S. 71 ff. Behrendt, Anevang u. Erbengewere Berlin 1885, S. 32, 37. Graf Wartensleben, die Besitzvererbung, Greifswalder Inaug.-Dissert., Greifsw. 1899, S. 21. R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz: Kniep a. a. O., S. 168 ff. Bezgl. des preuss. ALR. I 7 § 49, 9, § 368, vgl. Preiser a. a. O. u. Graf Wartensleben a. a. O., S. 25 ff, Bendix S. 10.

[6]) Gierke, a. a. O., S. 2.

im wesentlichen zwei Ansichten gegenüberstehen, von denen die eine sie unter den Begriff des Besitzes bringt, die andere als jus possidendi auffasst[1]). Die Verbindung des Erbenbesitzes des BGB. mit der ideellen Gewere stellt bereits den Erbenbesitz als ein selbständiges Rechtsverhältnis ins Klare. Strohal[2]) irrt, wenn er, da die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache die gleiche sei für den Erblasser wie für den Erben, den Erbenbesitz als thatsächliches Verhältnis hinstellt. Muss aber nicht gesagt werden, dass hier bei dem Erbenbesitz lediglich juristischer Besitz vorliegt, wenn man etwa den Fall bedenkt, dass zur Zeit des Todes des Erblassers der mit diesem Zeitpunkt in den Besitz der Erbschaftssache tretende alleinige Erbe etwa Tausende von Meilen entfernt ist? Kann hier wirklich von einem thatsächlichen Verhältnis zur Sache gesprochen werden[3])?

Es vererbt sich sowohl der vermittelnde Besitz wie der mittelbare Besitz[4]).

Ausnahmen von dem Prinzip der Vererblichkeit des vermittelnden Besitzes bestehen jedoch besonders in zwei Fällen. Zunächst geht Sequestrationsbesitz auf den Erben des zeitweiligen Sequesters dann nicht über, wenn und insoweit sich dieser Besitz als ein der Sequestrationsverwaltung als solcher (ohne Rücksicht auf ihre wechselnden Träger) zukommender darstellt[5]). Ferner findet keine Vererbung des Besitzes in dem Falle statt, wo die §§ 736 und 738 BGB. zur Anwendung kommen. Nach § 736 BGB. kann das Gesellschaftsverhältnis trotz des Todes eines der Gesellschafter unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen. Der

---

[1]) Gierke a. a. O., S. 3.

[2]) Strohal, S. 63, 96 ff. Gegen Strohal: Kniep a. a. O., S. 179 ff. Etwas anderes ist es, wenn der Eigentümer auf einer Forschungsreise Tausende von Meilen von seinem verschlossenen Hause entfernt ist. Hier handelt es sich um die Besitzfortdauer, bei dem Erben um den Erwerb. Bei ersterer reicht die Möglichkeit der körperlichen Ausübung hin, die Besitzfortdauer ist auch kein einheitlicher Begriff.

[3]) so auch Lobe, „Über den Einfluss des BGB. auf das Strafrecht." Planck, Komm. zu § 857.

[4]) Nicht aber das Besitzdienerverhältnis des § 855 BGB. Cosack, Lehrb. des deutsch. bürg. Rechts Bd. II, S, 75 § 187 II 1. Kniep a. a. O., S. 181, anders Planck a. a. O. zu § 857 BGB.

[5]) Strohal, S. 99. Biermann a. a. O. zu § 857. Kober a. a. O. zu § 857. Graf Wartensleben a. a. O., S. 70 ff.

Anteil am Gesellschaftsvermögen des verstorbenen Gesellschafters wächst den übrigen Gesellschaftern zu. Hierzu gehört auch der Mitbesitz des verstorbenen Gesellschafters an den zu diesem Vermögen thatsächlich gehörenden Sachen.

Wir haben nun einen zweiten Fall zu erwähnen, in welchem ein über den Rahmen des thatsächlichen Machtverhältnisses hinausgehender Besitz die Aktivlegitimation zur Klage aus § 861 BGB. geben kann. Juristische Personen und andere zur persönlichen Ausübung des Besitzes unfähige Personen, z. B. Säuglinge, gänzlich Verrückte, sind Besitzer[1]), obwohl die Ausübung der thatsächlichen Gewalt durch andere und zwar physische Personen als ihre gesetzlichen Vertreter geschieht[2])[3]). Diese letzteren bethätigen nur den Besitz der vertretenen Personen, sie sind nicht etwa vermittelnde Besitzer, der Vertretene mittelbarer Besitzer, sondern dieser ist alleiniger Besitzer[4]). Die Richtigkeit dieser Aufstellung ergiebt sich aus folgendem. Zunächst ist es ein selbstverständlicher Satz, dass jede rechtsfähige Person, mithin auch der Willensunfähige, Besitzer sein kann und demnach Besitzesschutz hat. Gegen die Konstruktion des Besitzes der Vertretenen als mittelbaren, des Besitzes des Vertreters als vermittelnden Besitzers aber spricht der Umstand, dass es nicht in der Gesetzesabsicht liegen kann, die prinzipielle Gleichstellung des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes auf das hier zu Grunde liegende Verhältnis anzuwenden[5]). Wenn das Gesetz der juristischen Person Besitz

---

[1]) a. M. Kniep a. a. O., S. 50 ff., welcher glaubt, dass die juristische Person als fingierte Person d. h. als Nichtperson, nicht besitzen kann, daher der Vertreter alleiniger Besitzer sei, wie hier Wendt a. a. O., S. 66 ff.

[2]) Förtsch, Gruch. Beitr. 43, S. 545 ff. Scherer, Komm., S. 21 n. 39. Windscheid-Kipp, S 692 sieht die juristische Person als Besitzer, deren Vertreter als Besitzdiener an, hiergegen Bendix a. a. O. S. 4 n. 3.

[3]) Dernburg a. a. O., No. 6 sieht die gesetzlichen Vertreter als Besitzer an. Vgl. im übrigen S. 143 ff. dieser Arbeit.

[4]) Kniep a. a. O., S. 50 erklärt gegenüber Förtsch a. a. O., dass der Säugling der in seinem eigenen Hause wohnt, Besitzer sei, mag er einen Vormund haben oder nicht, das bezweifelt Förtsch nicht.

[5]) Etwas anders Meisner III, S. 8, der die gesetzlichen Vertreter hinsichtlich der Gegenstände, die sich in ihrer Privatwohnung befinden, als Besitzer ansieht, vgl. auch Isay S. 268, Männer, S. 91.

zuerkennt, so will es sie allein als passiv legitimiert besonders in Bezug auf die rei vindicatio betrachten, aber ebenso hinsichtlich der übrigen Momente, z. B. der Vererblichkeit des Besitzes und der Passivlegitimation bei den Besitzklagen als Besitzer gelten lassen. Es gewährt aber offenbar das Recht die Vorteile des Besitzesschutzes aus denselben Gesichtspunkten wie diejenigen des Rechtsschutzes.[1]) Damit aber ist der Nachweis geführt, dass hier ein alleiniger Besitz des Vertretenen in Frage steht, der nur als juristischer Besitz bezeichnet werden kann.

Zugleich fällt jetzt auch auf die schon andeutungsweise früher behandelte Stellung der gesetzlichen Vertreter das rechte Licht, deren Unterbringung unter die Kategorie der Besitzdiener wir früher versagten[2]). Wir fügen beschränkend hinzu, dass sie als lediglich Besitz bethätigende Personen nur in dem obigen Fall der Unfähigkeit des Vertretenen sowie dort gelten, wo der Vertretene, wenn auch an sich dazu fähig, die thatsächliche Gewalt nicht selbst ausübt. Übt dagegen der Vertretene die thatsächliche Gewalt selbst aus, z. B. das minderjährige Schulkind an seinen Büchern, so kann der Vertreter an der Ausübung des Besitzes entweder gar nicht beteiligt sein oder nur derartig, dass er z. B. an den ihm vom Minderjährigen zur zeitweiligen Verwahrung übergebenen Büchern unmittelbarer Besitzer wird[3]).

Wenn sich eine Testamentsvollstreckung, als gesetzliche Vertretung qualifiziert, so gelten die eben entwickelten Grundsätze, andernfalls die früher ausgeführten.

Wir haben bei allen unsern bisherigen Betrachtungen unterstellt, dass es sich um den Besitz einer ganzen Sache handelt. Das BGB. stellt aber in § 865, wie unten in dem Abschnitt über den „Gegenstand“ näher zu erweisen ist, dem sogenannten Vollbesitzer, d. h. dem Besitzer einer ganzen Sache, den Besitzer an Teilen einer Sache zur Seite und wendet auf diesen die Vorschriften der

---

[1]) Förtsch, Gruch. Beitr. Jahrg. 1899, S. 545.

[2]) Windscheid-Kipp, S. 692 giebt den Organen der juristischen Person die Stellung der Besitzgehülfen, der juristischen Person schreibt er Besitz im Regelfalle zu und beruft sich hierbei auf § 983 BGB. vgl. auch R. Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB., S. 100 ff. bezüglich der Frage, ob den juristischen Personen freie Willensbethätigung zuzuschreiben ist, und die S. 100 n. 1 dort Citierten.

[3]) Strohal a. a. O.

§§ 858 bis 864, insbesondere also auch diejenige des § 861 BGB. an. Daher gelten für den Abteilbesitzer als solchen alle bisherigen Ausführungen, die für den Allein- oder Voll-Besitzer zutreffen. Auch für den Teilbesitzer bedarf es in demselben Umfange wie für andere Besitzer nicht des Besitzwillens als eines besonderen Erfordernisses. Den Teilbesitz können Kinder und Geisteskranke unter Umständen erwerben. Ebenso kann der Teilbesitzer auch ein unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer sein, sodass alle diesbezüglichen Ausführungen hier ergänzend eintreten. Ferner wird man auch bei dem Teilbesitz von einem juristischen Besitz im Sinne des eben Vorgetragenen sprechen können, wo es sich um Erbenbesitz gemäss § 857 BGB. oder um den Teilbesitz jemandes handelt, der selbst nicht fähig ist, die thatsächliche Gewalt auszuüben, oder der, wenn auch dazu fähig, sie doch nicht selbst ausübt, sondern durch einen gesetzlichen Vertreter ausüben lässt.

Der Teilbesitzer hat die Klage aus § 861 BGB. sowohl gegen einen andern Teilbesitzer wie gegen Dritte oder den Besitzer der ganzen Sache, der nur mittelbarer Besitzer ist, soweit der Teilbesitz geht. Inwieweit eine analoge Anwendung der Bestimmungen über den Teilbesitz auf begrenzte dingliche Rechte stattfindet, ist unten zu erörtern.

Vom Teilbesitzer gehen wir zum Mitbesitzer über.

Jeder Mitbesitzer steht hinsichtlich des Besitzesschutzes wie ein Alleinbesitzer Dritten gegenüber[1]) da, hat aber auch zugleich gegen den Mitbesitzer die Klage aus § 861 BGB., da auf den Fall der Entziehung die Vorschrift des § 866 BGB. über die Beschränkung des Besitzesschutzes der Mitbesitzer gegen einander keine Anwendung findet[2]).

Der Mitbesitzer kann entweder ein unmittelbarer oder mittelbarer sein. Unmittelbarer Besitz kommt sowohl in den Fällen der compossessio pro diviso wie pro indiviso in Betracht. Bezüglich der letzteren kann es sich wiederum handeln darum, ob mehrere die Sache nach gedachten Bruchteilen oder als Gesamthänder

---

[1]) Fischer H. A. n. 2 zu § 861, ebenso Denkschrift zu § 1011. Bezüglich des in der gemeinsamen Ehewohnung befindlichen Vorbehaltsgutes nimmt Mitbesitz an Josef a. a. O. S. 269, a. M. ist Kniep a. a. O. S. 114.

[2]) Fischer n. 3 zu § 866 BGB. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 695 und 696.



oder endlich derart besitzen, dass nach Massgabe bestimmter wirtschaftlicher Zwecke lediglich der Gebrauch geteilt ist[1]).

Mittelbarer Mitbesitz kann ebenfalls in verschiedenen Gestaltungen vorliegen. Ein solcher ist möglich nach Bruchteilen wie zur gesamten Hand[2]). Endlich kann einen besonders gearteten Fall des mittelbaren Mitbesitzes derjenige des § 1206 BGB. darbieten[3]). In allen bisher aufgeführten Fällen finden die oben entwickelten Grundsätze Anwendung.

Auch der fehlerhafte Besitzer ist gegenüber Dritten zur Klage aus § 861 BGB. aktiv legitimiert[4]), denen gegenüber sein Besitz nicht fehlerhaft ist. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ist eine nur relative Eigenschaft. Selbst demjenigen gegenüber, welchem er den Besitz entzogen hat, bleibt der, welcher den Besitz entzogen hat, geschützt, falls die einjährige Frist des § 861 Abs. 2 verstrichen ist.

Nicht mehr steht wie im gemeinen Recht neben den Sachbesitzern die Kategorie der Rechtsbesitzer, wie schon erwähnt ist. BGB. hat in dieser Beziehung den Faden der bisherigen Entwickelung zerschnitten, indem es den Rechtsbesitz als selbständigen Begriff nicht mehr aufstellt. Hiervon wird unten bei dem Gegenstande der Klage aus § 861 noch die Rede sein[5]).

II. Cap. Klagegrund.

Zur Substantiierung der Klage aus § 861 muss nun der Kläger zunächst beweisen, dass er vor der Entziehung im Besitz der Sache gewesen ist. Im Gegensatz zum ALR. I 7 § 154, welches forderte, dass der Besitzer sich „unmittelbar“ vor der erfolgten Entsetzung im ruhigen Besitz befunden haben müsse, lässt es das BGB. an

---

[1]) Wenn mittelbarer Besitz auf mehrere Erben gemäss § 857 BGB übergeht.

[2]) Strohal a. a. O., S 45.

[3]) Vgl. Heinrici, Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 828ff., dem wir darin zustimmen, dass Mitverschluss nicht immer Mitbesitz zur Folge hat und dass bei der Stahlkammersachvermietung aus praktischen Gründen der Kunde Besitzer des Faches und Inhalts, die Bank mittelbarer Besitzer des Faches u. Blechkastens ist, a. M. Dernburg a. a. O. II, S. 521 § 351 VI.

[4]) Anders ALR. I 7 § 96. vgl. hierzu Kniep a. a. O., S. 102 ff. wie hier: Förster-Turnau zu § 858 n. 2 und Ob.-Trib. 11, S. 89. a. M. Biermann zu § 858 n. 2.

[5]) Isay S.288 ff giebt auch dem Besitzdiener ein Klagerecht gegenüber Dritten.

einer Bestimmung darüber fehlen, in welchem Zeitpunkt der Besitz bei dem Kläger vorhanden sein müsse. Aus dem Charakter des Besitzes als eines subjektiven Rechts schliessen einige, dass eine Vermutung für die Fortdauer des einmal erworbenen Besitzes bestehe, dass daher der Beweis der Erlangung des Besitzes zu irgend einer Zeit genüge. Andere dagegen lehnen jede Beweispräsumtion ab und fordern den direkten Beweis des Besitzes unmittelbar vor der Entsetzung.

Der Begriff eines Rechtsinstituts ergiebt zunächst nichts für die Frage der Beweislast, der Zweck der letzteren ist entscheidend. Fällt der nachgewiesene Besitz des Klägers in eine so kurze Zeit vor der Anstellung der Besitzklage, dass nach der Art des besessenen Gegenstandes und dem natürlichen Lauf der Dinge ein inzwischen eingetretener Verlust des Besitzes nicht zu befürchten ist, so wird man sich mit diesem Nachweise begnügen. Bei Gegenständen, die ihre Besitzer selten wechseln, wie z. B. Familienbildern, wird man naturgemäss weniger genau sein als bei den im Verkehr von Hand zu Hand gehenden Sachen z. B. Waren etc.

Auf die verschiedenen Erwerbsarten des Besitzes, auf den Unterschied des originären und derivativen Besitzes können wir hier nicht eingehen. Wir weisen nur darauf hin, dass zum Besitzerwerbe im Falle des § 854 I BGB. die thatsächliche und vollzogene Sachgewalt genügt, während im Falle des § 854 II die Möglichkeit gewaltfreien Eingangs hinreicht. Für den Servitutenbesitzesschutz ist neben den bereits früher erwähnten Erfordernissen noch die Bestimmung zu erwähnen, dass der Besitz innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt sein muss. Die Ausübung der servitus faciendi erfolgt wirksam, gleichgültig ob sie mit oder ohne Absicht der Servitutausübung vorgenommen ist, vgl. Kohler a. a. O., S. 244, ebenso Biermann a. a. O. zu § 1029 n. 1; anders Windscheid-Kipp a. a. O., S. 477 n. 1.

Bei negativen Servituten liegt das Verbot schon in der Eintragung im Grundbuch, die Besitzausübung ist für den Besitzer des herrschenden Grundstücks gegeben, wenn der Besitzer des dienenden Grundstücks sich dem Verbote fügt, anders von Staudinger-Kober a. a. O. zu § 1029 n. 2 c. und Bem. III zu 1018.

Der Besitz muss dem Kläger vom Beklagten entzogen sein, d. h. es muss der Verlust des Besitzes auf Seiten des Klägers eine Folge der Entziehung des besessenen Objekts durch den Beklagten sein[1]). Die vom BGB. gemachte Unterscheidung von „Entziehung“ und „Störung“ zwingt uns zu untersuchen, ob dieser Unterschied berechtigt ist.

Wir haben zunächst festzustellen, welche praktische Bedeutung die Frage hat, ob „Entziehung“ oder „Störung“ vorliegt. Das BGB. giebt im ersteren Falle die Besitzklage aus § 861 BGB., im letzteren aus § 862 BGB., behandelt aber die beiden Klagen doch vollkommen gleich. Die Vorschrift des § 859 Abs. 2 und 3 spricht freilich nur von Entziehung und nicht von Störung, doch ist sie analog auf Störungen auszudehnen. Unsere Volkssprache unterscheidet, abweichend von der der Römer, nicht zwischen Störung und Entziehung, klagt daher jemand aus Versehen wegen Störung statt wegen Entziehung oder umgekehrt, so sind seine Worte nach dem gewollten Sinn umzudeuten[2]).

Wir kommen nach allem zu dem Schlusse, dass der Unterschied zwischen Entziehung und Störung ohne praktischen Wert ist, dass es sich lediglich um eine unangemessene Nachahmung des römischen Rechts handelt. Dort gab es verschiedene Vorschriften für die Interdicta retinendae und recuperandae possessionis, ihre Trennung war daher eine berechtigte, heut ist die Unterscheidung nach Aufgabe der verschiedenen Behandlung der einzelnen Besitzklagen im BGB. wertlos. — Bei dem von uns eingenommenen Standpunkte erledigen sich eine Reihe schwieriger Fragen, die nie zur Ruhe kommen konnten.

Man müht sich vergeblich, zwischen den beiden Begriffen „Störung“ und „Entziehung“ Grenzlinien zu ziehen. Wir wissen, dass dies nicht möglich ist, weil es sich hier um keine logischen Gegensätze wie bei retinere und recuperare handelt, die Entziehung ist nur eine besonders schlimme Art der Störung.

Der Wegfall dieser Streitfragen ist besonders erfreulich auf dem Gebiete des Rechtsbesitzes oder, wie man besser für das BGB.

---

[1]) Vgl. darüber, wann die Besitzentziehung vollendet ist: Riso, Das Recht der Eigenmacht Leipz. 1900, S. 29.

[2]) Vgl. § 268 Abs. 2 CPO. s. Neumann a. a. O. zu § 860 4. a. M. Goldmann-Lilienthal S. 247 n. 3.

sagt, auf dem Gebiete des Servitutenbesitzesschutzes. Einzelne halten auch hier noch die alte Unterscheidung aufrecht. Kohler[1]) nimmt bei den servitutes faciendi Störung an, wenn jemand so gehindert wird, dass er die Servitut dennoch einmal des Jahres ausüben kann; er spricht dagegen von „Entziehung," wenn jemand infolge der Behinderung ein ganzes Jahr lang keinen Besitzakt vornehmen kann. Ähnlich behandelt er die servitutes habendi, bezüglich der servitutes prohibendi betrachtet er denjenigen als gestört, dessen Nachbar eine Anlage nicht errichten darf und doch errichtet, während die Störung in Entziehung übergehen soll, sobald die verbotene Anlage ein Jahr lang bestanden hat. § 1029 BGB. bedient sich selbst nur der Ausdrücke „Störung" und „stören." Eine grosse Anzahl von Autoren[2]) unterscheidet bezüglich des Servitutenbesitzesschutzes nicht mehr zwischen Störung und Entziehung, wir schliessen uns ihnen nach den oben gegebenen Ausführungen an, indem wir die von Kohler gemachten Unterscheidungen ablehnen.

Die durch den Beklagten erfolgte Besitzverletzung muss sich als eine eigenmächtige darstellen. Das Erfordernis der verbotenen Eigenmacht behandelt § 858 BGB:

„Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung gestattet, widerrechtlich." („verbotene Eigenmacht.")

In dieser Begriffsbestimmung fasst das BGB. die durch Gewalt heimlich oder durch List erfolgte Verletzung zusammen[3]).

Die bittweise Überlassung fällt nicht mehr unter den Klagegrund der verbotenen Eigenmacht[4]), wie dies nach römischem Recht und dem ALR.[5]) der Fall war. Es ist aus der Eigenart der so-

---

[1]) Kohler, Archiv. f. civ. Prax. Bd. 87, S. 246 ff. Pagenstecher, Über die verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen des possessorischen Schutzes der Servituten, Erlang. Inaug. Diss. Barmen 1897, S. 50 ff.

[2]) Neumann, Handausgabe a. a. O. zu § 1029. Biermann a. a. O. zu § 1029 n. 1. Endemann III. Aufl. Bd. 2, S. 118 ff.

[3]) Mot. S. 119 E. 20,340. Arch. f. Bürg. R. 15, 274. Ob.-Trib. 35,17; Rehb. S. 724, vgl. darüber, ob die Fälle der vis compulsiva hierher gehören Krahé S. 17 ff., dem ich mit Rücksicht auf die Geschichte der Spolienklage nicht beitrete.

[4]) Kniep a. a. O., S. 101 ff.

[5]) ALR. I 7 § 146 ff.

zialen Verhältnisse der Römer zu erklären, dass man auch die bittweise Überlassung hierher stellte. Die Lage der Prekaristen, die in der Regel Klienten waren, sollte eine gedrückte sein. Mit der Hebung der unteren Klassen durch die Gesetzgebung hängt es zusammen, dass die bittweise Überlassung aus dem Klagegrunde verschwinden musste. Der frühere Besitzer hat gegen denjenigen, welchem er den Besitz auf freien Widerruf eingeräumt hat, nur die Vertragsklage, nicht die Besitzklage[1]). Bezüglich der Auslegung des Begriffes der verbotenen Eigenmacht ist an die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis anzuknüpfen. Nach § 858 BGB. ergiebt sich folgender Thatbestand der verbotenen Eigenmacht:

a) „Die Besitzverletzung muss ohne den Willen des Besitzers, d. h. ohne seine Zustimmung erfolgen;

b) Die Verletzung darf nicht durch das Gesetz gestattet sein."

Es fragt sich, ob das Gesetz nur die Fälle der bewussten Übertretung trifft (sogenannte subjektive Auffassung der verbotenen Eigenmacht), oder ob es über diese Fälle hinausgehen will[2]). Der Ausdruck „Verbieten" in § 858 BGB. spricht für das Erfordernis einer bewussten Übertretung. Hierauf deutet ferner die Fassung der §§ 992, 2025 hin. Nach ihnen soll derjenige, welcher sich durch verbotene Eigenmacht Besitz verschafft, gemäss den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haften, für diese aber ist Verschuldung vorausgesetzt. — Nach den Motiven[3]) soll jedoch die verbotene Eigenmacht auf die Besitzverletzung durch Irrtum analog ausgedehnt werden. Es ist eine Frage der Gesetzgebungspolitik, ob das Gesetz den Besitzesschutz auf die Fälle bewusster Übertretung beschränken oder

[1]) Vgl. Neumann a. a. O. zu § 858.

[2]) Planck a. a. O. zu § 858 note 1 b. Dernburg, Bürg. R. III, S. 68. Strohal, Sachbesitz, S. 49 Haidlen, Komm. zu § 858. Bartels, Gruchots. Beitr. Bd. 42, S. 674. Lobe, Über den Einfluss des BGB. auf das Strafrecht S. 40. Endemann a. a. O. II, S. 170. Biermann a. a. O. zu § 858. Kniep a. a. O., S. 423. Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts, S. 96. Förster-Turnau a. a. O., S. 57 n. 1 zu § 858. Cosack a. a. O. II, S. 80 note III 2 a. Krahé, der Besitzschutz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss., S. 19 ff u. a. verstehen das Wort „widerrechtlich" in der Bedeutung von „objektiv widerrechtlich, wie diese auch Bendix a. a. O. S. 19. Männer S. 102.

[3]) Mot. III, S. 110 zu § 814 Denkschrift, S. 162. Die Mot. sagen: „Es wird nicht verlangt, dass das in § 814 E I enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur so gehandelt ist, wie bei Unter-

weiter erstrecken will. Hierfür ist massgebend, ob schutzwürdige Interessen vorliegen, bei einem Widerstreit der Interessen kommt es darauf an, wessen Vorteil von der Allgemeinheit unter Berücksichtigung der heutigen Verhältnisse höher zu bewerten ist. Im vorliegenden Falle stehen sich gegenüber der etwaige Vorteil, den die in ihren Besitzrechten Verletzten durch einen möglichst erweiterten Besitzesschutz erlangen, und der Nachteil, welchen durch eine Erweiterung des Klagegrundes der Besitzklage auf Fälle des Irrtums diejenigen erleiden, welche, ohne eine absichtliche Besitzverletzung begangen zu haben, doch die Besitzklage gegen sich gelten lassen müssen. Der dem Eigenbesitzer wie dem Fremdbesitzer durch eine Ausdehnung des Klagegrundes der Besitzklage nach dieser Richtung auf die Fälle des Irrtums verschaffte Nutzen erscheint gering. Den Eigenbesitzern stehen unbestritten die petitorischen Klagen zu Gebote, mittels deren sie die Herausgabe der Sache insbesondere auch von denen fordern dürfen, gegen welche die etwa nur auf Fälle bewusster Besitzverletzung beschränkte Besitzklage versagen würde. Nach richtiger Ansicht stehen aber auch den Fremdbesitzern ebenso wie dem Eigenbesitzer die Vermutung aus § 1006 und die petitorischen Klagen aus § 1007 BGB. offen[1]). Es wird daher auch ihnen ermöglicht, die Herausgabe der Sache auf anderem Wege als der Besitzklage auch von denen zu erlangen, die nicht absichtlich ein Besitzrecht verletzt haben. Ein besonderes Bedürfnis nach einer Erweiterung des Klagegrundes über die Fälle bewusster Verletzung hinaus ist daher sowohl hinsichtlich der Fremd- wie der Eigen-Besitzer zu verneinen[2]). Zu einer

stellung der vollen Zurechnungsfähigkeit der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen."

Denkschrift, S. 162:

„Zum Begriff der verbotenenen Eigenmacht gehört nicht, dass der Besitz vorsätzlich oder fahrlässig entzogen wird."

[1]) Vgl. Neumann a. a. O. zu § 1007 Fischer-Henle a. a. O. zu § 1007. Cosack a. a. O. II a. A. Endemann a. a. O. II, S.

[2]) Es erscheint unrichtig, wenn man zu Gunsten der Haftung auch bei einer objektiv widerrechtlichen Handlung sich darauf beruft, dass die preussische Praxis, welche Verschuldung als Vorbedingung der Besitzklage verlangt, die Absicht der Verletzung vermutete, um die sich notwendig ergebende Härte bei objektivem Eingriff in den Besitz auszugleichen. Hier handelte es sich nur um eine Beweisfrage, nicht um eine Frage des materiellen Rechts.

anderen Ansicht führt es, wenn man keine petitorischen Klagen den Fremdbesitzern zugesteht. Alsdann wäre für sie die Besitzklage das einzige Mittel, auch von denen die Sache zu fordern, welchen kein Verschulden bei der Besitzverletzung zur Last fällt. Den Fremdbesitzern wäre eine so erweiterte Besitzklage der einzige und willkommene Ersatz für die fehlende dingliche Klage. Müsste man in diesem Falle ein besonderes Interesse der Fremdbesitzer an einer Ausdehnung des Besitzesschutzes annehmen, so würde man um dieses Interesses willen sich über das Bedenken hinwegsetzen können, dass es eine grosse Härte darstellen würde, wenn man unverschuldete Besitzverletzung der Verschuldung gleichstellte. Wir verstehen es, dass man auch heute sich mit dem Gedanken abfindet, die Haftung aus einer Besitzklage sei kein solches Übel mehr wie in Rom und dass man diesen Nachteil mit in Kauf nehmen will[1]). Verneint man aber mit uns das Schutzbedürfnis der Fremdbesitzer nach einem erweiterten Klagegrunde, so ist zu einer Ausdehnung des Klagegrundes über die Fälle bewusster Übertretung auf dem Wege der Analogie keine Veranlassung.

Wir haben zwecks weiterer Feststellung des Begriffes der verbotenen Eigenmacht jetzt diejenigen Fälle anzudeuten, in denen dies Moment nicht zu finden ist, um auf diese Weise die Grenzlinien zu suchen, welche der verbotenen Eigenmacht nach dem Willen des Gesetzgebers gezogen werden müssen.

Zunächst fallen unter diesen Begriff nicht die ausdrücklich ausgenommenen Fälle der gesetzlich im Sinne des Art. 2 E. G. BGB. erlaubten Besitzverletzung. Hierher gehören die Selbsthülfe und Selbstverteidigung nach den allgemeinen §§ 227—230, ferner das nach § 859 BGB. besonders geartete Selbsthülferecht des Besitzers sowie die in den §§ 561, 904 BGB. so auch in §§ 678, 712, 777 CPO. ä. F. behandelten Fälle. Auch das Privatpfändungsrecht nach art. 89 E. G. sowie die nach dem öffentlichen Recht erlaubten Fälle der Beeinträchtigung des Besitzes kommen hier in Betracht. Nicht hierher gehören die Fälle der §§ 1373 u. 2205 BGB.[2])

In einer ganzen Reihe von Fällen wird die Frage, ob eine verbotene Eigenmacht vorliegt, schwierig sein. Bei manchen Thatbeständen ist es fraglich, ob eine Eigenmacht gegeben ist.

---

[1]) Vgl. auch R. Leonhard, Vorträge, S. 9.

[2]) Wie hier Krahé S. 20, anders Strohal a. a. O. u. Leske S. 361.

Vertragsmässige Vereinbarungen zwischen Kläger und Beklagtem können zur Verneinung des Begriffsmoments der verbotenen Eigenmacht führen[1]. — Besonders streitig ist es, ob in Handlungen der Besitzmittler gegenüber dem mittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht überhaupt gefunden werden kann[2]. Wir haben dies bereits bejaht, indem wir dem mittelbaren Besitzer auch gegen den vermittelnden Besitzer und gegen mit ihm kolludierende Dritte die Klage aus § 861 BGB. gaben. Dieser Auffassung der §§ 868, 869 BGB. entgegen hat besonders Strohal in Rücksicht auf seine als irrig oben bewiesene Auslegung der §§ 868 und 869 BGB. diese Anwendung der Klage aus 861 ebenso bestimmt verneint[3], während er früher de lege ferenda in einigen Einzelfällen zu einem Besitzesschutze des mittelbaren Besitzers gegenüber dem vermittelnden Besitzer insbesondere auch im Hinweise auf die Bedürfnisse des Lebens gelangte[4]. Wir kommen vom Doppelbesitzverhältnis d. h. auch vom Wortlaute des Gesetzes aus zum Besitzesschutz des mittelbaren Besitzers gegenüber dem vermittelnden Besitzer, indem wir freilich hierbei berücksichtigen müssen, dass auch letzterer die Rechtsstellung des Besitzers hat[5]. Leider lassen sich keine Quellenstellen des deutschen Rechts nachweisen, aus denen für diese Gestaltung etwas zu entnehmen wäre. Der im deutschen Recht bestehende enge Zusammenhang zwischen Possessorium und Petitorium würde uns zudem veranlassen, diese deutschrechtliche Gestaltung mit Vorsicht aufzunehmen, falls wir Quellen fänden. Das römische Recht kann uns ebenfalls keine Quellen für die in Rede stehende Frage an die Hand geben, obwohl es Doppelbesitzverhältnisse kennt. Wie Seite 154 betont ist, hat der Pfandbesitzer

---

[1] Windscheid-Kipp a. a. O., S. 736 unter 4 vgl. S. 192 der Arbeit.

[2] Dies verneint u. a. Ostermeyer Komm., S. 102 n. 9. Leske a. a. O. Kappler a. a. O. S. 73 ff. Bendix a. a. O. S. 21, Isay S. 280.

[3] Strohal, Iherings Jahrb. 38, S. 122, Baron ebenda Band 30, S. 224. Bähr, Iherings Jahrb. 26, S. 309. Bähr, Arch. f. Bürg. R. 2.

[4] Iherings Jahrb. Bd. 29, S. 376 ff.

[5] Fischer-Henle a. a. O. n. 6 zu § 869. Wenn die Denkschrift S. 169 sagt, dass der mittelbare Besitzer der Besitzansprüche im Verhältnisse zum unmittelbaren Besitzer nicht bedürfe, weil gegen Übergriffe des letzteren ihm der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügenden Schutz biete, so ist mit Kniep, S. 9 zu entgegnen, dass aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse nicht blos persönliche, sondern auch Besitzansprüche entspringen.

Sachbesitz, der Verpfänder daneben Besitz quoad usucapionem, der Niessbraucher juris quasipossessio neben der rei possessio des Eigentümers, der Prekarist Sachbesitz neben demjenigen des Verleihers. Dass sich aus diesen Besitzverhältnissen Grundsätze für die Gestaltung des hier zu Grunde liegenden heutigen Doppelbesitzverhältnisses entnehmen lassen, muss bezweifelt werden. Das Doppelbesitzverhältnis des unmittelbaren und mittelbaren Besitzers ist ein von der römischen Gestaltung der oben erwähnten Doppelbesitzverhältnisse so verschiedenes, dass an eine Herübernahme von Grundsätzen nicht zu denken ist. Wir beschränken uns hier darauf, folgende Voraussetzungen für den Besitzesschutz des mittelbaren Besitzers gegenüber dem vermittelnden Besitzer aufzustellen, ohne näher auf Quellenbelege einzugehen:

Es muss eine widerrechtliche Eigenmacht auf Seiten des vermittelnden Besitzers vorliegen. Diese ist gegeben:

wenn erstens eine Handlung in Frage steht, zu welcher dieser weder als Besitzer noch als Niessbraucher, Pächter, Mieter u. s. w. berechtigt ist, wenn zweitens eine durch diese Handlung bewirkte Besitzentziehung stattgefunden hat[1]).

Bezüglich der beiden Punkte mag darauf hingewiesen werden, dass als Beispiele hier in Frage kommen: Zerstörung, partielles Aufzehren, Übertragung auf Dritte, ferner auch ein Durchgehen mit der Sache, wie dies die von Bekker erwähnten Fälle beweisen. Es ist gegenüber denen[2]), welche eine verbotene Eigenmacht auf Seiten des vermittelnden Besitzers gegenüber dem mittelbaren Besitzer deshalb nicht annehmen zu können glauben, weil der vermittelnde Besitzer Besitz habe, zu bemerken[3]), dass letztere Thatsache die Annahme einer verbotenen Eigenmacht durchaus nicht notwendig ausschliesst, wenn wir diese Thatsache auch wohl berücksichtigen müssen[4]). Dies macht das Verhältnis des Pachtbesitzers zum Eigentumsbesitzer klar. Letzterer überlässt dem ersteren mit dem vertragsgemässen Gebrauch des Grundstücks den Besitz desselben nur insofern, als, wie Reatz[5]) richtig sagt, „der

[1]) Bekker a. a. O., S. 69.

[2]) Cosack a. a. O. Bd. 2, S. 82 § 190 III 2 b Turnau-Förster a. a. O. zu § 869 n. 1.

[3]) Protokolle.

[4]) So auch Meisner, Komm. III, S. 27.

[5]) Reatz a. a. O., S. 804.

Körper des Grundstücks, der Träger der Brauchlichkeit, zu diesem Gebrauch notwendig ist." Insoweit dieser nicht nötig ist, beschränkt er seinen eigenen Besitz nicht. Daher können Handlungen im Sinne ad 1 von Seiten des Pächters, z. B. Umpflügen eines Wiesengrundstücks etc. sehr wohl Veränderung des Pachtbesitzes und Entziehung des Eigentumsbesitzes darstellen[1]). Ebenso wird man in gewissen Handlungen des Mieters gegenüber dem Vermieter u. s. w. verbotene Eigenmacht konstatieren können. Feste Grundsätze lassen sich bei der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse nicht aufstellen, nicht zu billigen ist es, wenn viele mit Rücksicht auf diese Verhältnisse dem Vermieter z. B. jeden Besitzesschutz, jede Selbsthülfe gegenüber dem Mieter verkümmern, lediglich weil unter Umständen von Seiten des Vermieters verbotene Eigenmacht und ein strafbares Delikt vorliegen würde, so Baron a. a. O., Cosack a. a. O., für die hier vertretene Ansicht Kniep a. a. O., S. 9 ff., 123 ff.

Cap. III. Gegenstand der Klage.

Was den Gegenstand der Klage aus § 861 BGB. betrifft, so kommt hier gegenüber dem Rechte der Spolienklage der Wegfall des Rechtsbesitzes als einer selbständigen Kategorie in Betracht, das BGB. schützt den Rechtsbesitz, wie wir sahen, nicht, sondern nur den Besitz bei eingetragenen Grunddienstbarkeiten.

Was den Sachbesitz betrifft, so erstreckt sich die Klage aus § 861 BGB. wie die Spolienklage auf Mobilien wie Immobilien. Gegenstand der Klage aus § 861 BGB. ist alles dasjenige, was überhaupt Gegenstand besonderen Besitzes sein kann. Als Gegenstände des Besitzes kommen körperliche Dinge[2]) nur insoweit in Betracht, als sie Stücke der unfreien Natur sind, die der

---

[1]) Anders Franz Leonhard a. a. O., S. 75, der den mittelbaren Besitzer bei den durch den Mittler begangenen Störungen unter Berufung auf die Analogie des § 866 und das deutsche Recht nicht kraft seiner Besitzstellung sich wehren lässt.

[2]) Nur Sachen, die eine gewisse abgeschlossene Körperlichkeit besitzen, sind körperliche. Die freie Luft, Elektrizität haben dies nicht, deshalb sind sie nicht Gegenstand des Besitzes, so Meisner, Komm., S. 21 zu § 66 Not. 1 a. A. darüber, inwieweit Besitz an Elektrizität, Dampf, Wasser, Luft möglich ist: Scherer, Komm. Bd. III, S. 17 n. 28. Dernburg Bd. 3 S. 2, wie hier Hölder Komm. zu § 90, n. 3 c. u. Leske S. 51.

menschlichen Herrschaft unterworfen sein können[1]). Besondere Bestimmungen über die dem Verkehr entzogenen Sachen enthält das BGB. nicht, doch werden nach den a. 109 und 133 EG. BGB. Verhältnisse, die sonst nach BGB. Besitz wären, auf Grund der danach in Betracht kommenden landesgesetzlichen Vorschriften nicht Besitz darstellen können. Besitz an Sachgesamtheiten giebt es nicht. vgl. Kniep a. a. O., S. 69. Von dem Grundsatz, dass alles, was Gegenstand des Eigentums ist, auch Gegenstand besonderen Besitzes sein kann, macht das BGB. im § 865 Ausnahmen, indem die Klage aus § 861 BGB. auch zum Schutze des Besitzes an Teilen einer Sache gegeben wird, an denen es ein besonderes Eigentum bezw. Sonderrecht nicht giebt. Im deutschen Rechte dagegen entsprach der Möglichkeit eines besonderen Eigentums oder anderen Rechts an der Sache die Möglichkeit besonderer Gewere. Der Ausgangspunkt für die neuzeitliche Entwickelung liegt darin, dass dem Mieter des Teiles eines Gebäudes, den neuzeitlichen Verhältnissen entsprechend, Besitz zugesprochen werden musste. Hierbei wirkte mit, dass § 123 StGB. solchen Besitz an Teilen eines Gebäudes schützte. Über diesen Ausgangspunkt ging man hinaus. Die Motive[2]) sagen, dass für bewegliche Sachen der Satz: „res mobilis pro diviso possidere non potest“ zwar im Regelfalle seine Richtigkeit behalten würde, dass man die Teilinhabung aber nicht auf Immobilien beschränken dürfe[3]).“

Inwieweit ein Teilbesitz möglich ist, ist Thatfrage des Einzelfalles, weder das Gesetz noch die Motive äussern sich darüber[4]). Voraussetzung des Teilbesitzes ist der Natur der Sache nach, dass es sich um einen bestimmt abgegrenzten Teil handelt, der ein selbständiges wirtschaftliches Gut bildet und über welchen eine selbständige thatsächliche Herrschaft bestehen kann[5]).

---

[1]) Mot. III 84, 83 vgl. auch Simeon, Recht u. Rechtsgang im deutsch. Reiche Bd. I, S. 98 ff. ferner R. Leonhard, der Allgemeine Teil d. Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 156 n. 5 und die dort Citierten, ferner Windscheid-Kipp a. a. O., S. 694; Kniep a. a. O., S. 105.

[2]) M. III, S. 114.

[3]) Mot. III, S. 114. Dernburg, Bürg. R. III 49.

[4]) Dernburg a. a. O. v. Staudinger, Komm. zu § 865. Meisner, Komm. Bd. III, S. 22 note 2.

[5]) Dernburg, Bürg. R. III, S. 50. Dernburg Pr. Pr. R. I 337. Meisner a. a. O. zu § 865 BBG.

Der körperliche Teil einer einheitlichen beweglichen Sache ist daher nicht besonders besitzbar, dagegen ist der Bestandteil einer zusammengesetzten Sache, der selbständigen Wert hat, besonders besitzbar, „selbst wenn er ein „wesentlicher Bestandteil" im Sinne des § 93 BGB. ist[1]). Erfordernis dieses Besitzes an „wesentlichen Bestandteilen ist aber stets, dass die räumliche Herrschaft an dem abgegrenzten Teile der Sache selbständig neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über andere Teile ausgeübt werden kann[2]). Ein Fall des § 865 BGB. liegt dagegen nicht vor, wenn die räumliche Herrschaft auf Sachteile nicht beschränkt werden kann, weil sie nur am Ganzen denkbar ist und jede Verfügung über den Teil auf das Ganze sich erstrecken würde[3]).

Aus den vorstehenden Gründen giebt es keinen besonderen Besitz an Maschinen und Maschinenteilen, die mit einem Fabrikgrundstück in feste und dauernde Verbindung gebracht sind, wohl aber einen besonderen Besitz an ungetrennten Früchten sowie an anderen mit einem Grundstück verbundenen, davon noch nicht getrennten Früchten, falls die Verfügung über sie, insbesondere ihre Trennung, freigegeben ist[4]). Ein Kennzeichen für die Erlangung des Besitzes bildet das Anschlagen der Bäume mit dem Forsthammer bei offenstehendem Walde[5]). Viele[6]) z. B. Strohal leugnen sowohl für das ALR. wie das BGB. den Sonderbesitz an Pflanzen, welche wesentliche Bestandteile eines Grundstückes bilden.

---

[1]) Goldmann-Lilienthal, S. 232 Fischer-Henle n. 3 zu § 93, Biermann zu § 865. Neumann zu § 865. Windscheid-Kipp a. a. O.. S. 693 k.

[2]) Dass ein besonderer Besitz an wesentlichen Bestandteilen unter Umständen denkbar ist, beweist die Thatsache, dass in § 865 BGB. abgesonderte Wohnräume und andere Räume genannt sind, die unter § 93 fallen. Vgl. hierzu Windscheid-Kipp a. a. O., S. 693 k., der anerkennt, dass auch ein ganzes Gebäude auf fremden Grund Gegenstand des Besitzes sein kann.

[3]) Josef, Arch. f. Bürg. R. Bd. 15, S. 268, Motive Bd. II, S. 114.

[4]) Meisner, Komm. Bd. III, S. 22, n. 2. Dernburg a. a. O. III § 15 S. 50. Cosack a. a. O. II, S. 62 § 185, vgl. auch Kniep a. a. O. Bendix S. 11 wie hier: Männer, S. 94 n. 6.

[5]) Josef a. a. O., S. 69. Ob. Trib. Bd. 11, S. 201. S. A. 56,95 ALR. I 7 § 189 ff., I. 11 § 582 ff. I 22 § 199, 200. Gruch., Beitr. Bd. 38, S. 46.

[6]) Strohal a. a. O. S. 32. Endemann a. a. O., S, 164 ff. Förster Bd. 3 § 160 a. Lenz, Studien, S. 198. Rohden Bd. 9, S. 533, Scherer III, S. 18 n. 34.

Wenn Endemann[1]) hier eine dingliche Sicherung für den Erwerber durch Übertragung des ganzen Grundstücks als Aushülfsmittel heranzieht, so tritt damit eine grosse Erschwerung ein. Endemann, Strohal etc. verkennen, dass durch die „sogenannte symbolische Übergabe“ des ALR. auch nach BGB. dem Käufer die thatsächliche Gewalt und damit Besitz verschafft wird, § 854 Mot. BGB. S. 90, die angeschlagenen Bäume also Gegenstand der Klage aus § 861 BGB. gemäss § 865 BGB. sind. Unser Kriterium, dass Teilbesitz überall dort vorliegt, wo es sich um einen abgegrenzten Teil handelt, der ein selbständiges wirtschaftliches Gut bildet und über den eine selbständige thatsächliche Herrschaft bestehen kann, enthebt uns der Mühe, erst zu zeigen, dass Sachen, die zwar mit einer andern Sache verbunden sind, aber auf Grund besonderen Rechtssatzes als Bestandteile der letzteren nicht gelten, auch Gegenstände besonderen Besitzes sein können. So verhält es sich bezüglich der nach § 95 Abs. 1 nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbundenen Sachen, ferner bezüglich der Gebäude oder anderen Werke, die in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden sind, ebenso bezüglich der zu nur vorübergehendem Zweck in ein Gebäude eingefügten Sachen.

Als Gegenstand der Besitzklage kommt auch der Mitbesitz in Betracht. Gleichgültig ist es, welches Rechtsverhältnis im Einzelfalle dem Mitbesitze zu Grunde liegt, ob Mitbesitz nach gedachten Teilen oder zur gesamten Hand besteht und zwar unmittelbarer oder mittelbarer. Hierüber ist schon oben Seite 155 ff, gesprochen.

Gegenstand der Besitzklage aus § 861 BGB. sind, wie schon oben erwähnt wurde, nicht mehr wie im gemeinen Recht alle möglichen Rechte, sondern nur die eingetragenen Grunddienstbarkeiten und persönlichen Dienstbarkeiten unter besonderen Voraussetzungen. Damit hat sich das BGB. für den schon vom E I und den Motiven[2]) zum E I verfochtenen, von der Doctrin teilweise sehr

---

[1]) Endemann a. a. O., S. 164. Scherer a. a. O. bezeichnet den Anschlag mit Forsthammer nur als ein untergeordnetes Mittel.

[2]) Mot. S. 489.

bekämpften Standpunkt der prinzipiellen Ablehnung des Rechtsbesitzes trotz jener Angriffe erklärt. Die Motive rechtfertigen seine Ablehnung sowohl mit Konstruktionsschwierigkeiten wie mit der rechtshistorischen Gestaltung des Besitzschutzes in der Neuzeit, insbesondere der Verneinung des Bedürfnisses eines Besitzschutzes für gewisse früher geschützte Rechte z. B. die Reallasten. Die Motive glauben ein einheitliches Prinzip des Rechtsbesitzes deshalb nicht konstruieren zu können, weil sich keine allgemeinen, für alle Arten von Rechten passenden Regeln darüber geben liessen, wie die Ausübung des Rechts gestaltet sein müsse, um dem Ausübenden vor der Geltendmachung seines Rechts einen possessorischen Schutz in der Fortübung derselben zu gewähren. Auch begegnen der einheitlichen Regelung des Rechtsbesitzes insofern Schwierigkeiten, wie die Motive sagen, als bei den mit der Inhabung der Sache verbundenen Rechten, insbesondere dem Miet-, Pacht-, Gebrauchsleihe-, Erbbau- und Niessbrauchrecht, die Frage des quasipossessorischen Schutzes durch Unterstellung eines Sachbesitzes erledigt sei, bei den der landesgesetzlichen Aufrechthaltung und Regelung überlassenen selbstständigen Berechtigungen der dem Landesgesetz gemachte Vorbehalt auch bezüglich der Frage des quasipossessorischen Schutzes eingreife.

Diese Rückkehr des BGB. zum rein römischen Recht legt hinsichtlich des quasipossessorischen Schutzes die Frage nahe, ob das Gesetz bezüglich dieser Materie den heutigen Bedürfnissen gerecht wird. Die sich gegen den E I richtenden Angriffe von Gierke[1]), Jacobi u. a. erklären die Regelung dieser Materie von Seiten des E I für unzureichend. Bei den gegenüber dem E I getroffenen Änderungen im BGB. frägt es sich, ob dies auch für letzteres noch gilt. Für die Beantwortung wird in Rechnung gezogen werden müssen, inwieweit das BGB. durch Aufstellung des Teilbesitzes und die Unterstellung eines Sachbesitzes in Fällen, wo im gemeinen Recht früher Rechtsbesitz anzunehmen war, den letzteren ersetzt[2]) hat. Ferner wird besondere Wichtigkeit die Erwägung beanspruchen, inwiefern bei der heutigen wirtschaftlichen Gestaltung unser Rechtsleben noch des Rechtsbesitzes bedarf. Während Wendt, Cosack, Meischeider[3]) sich mit der Be-

---

[1]) Gierke, Kritik des E I, S. 297, 298.
[2]) Fischer-Henle a. a. O. n. 2 zu § 865.
[3]) Meischeider, Bekker u. Fischers Beitr. J. 5, S. 81 ff.

schränkung des quasipossessorischen Schutzes einverstanden erklären und in den Bestimmungen des Entwurfs ein Reinhalten desselben von den Überresten eines allmählig überwundenen Rechtszustandes sehen, erblickt Gierke[1]) in der Abschaffung des Rechtsbesitzes eine radikale Neuerung, die aufs schroffste der deutschen Rechtsentwickelung und der in den neueren Gesetzen durchgedrungenen und im Volke lebendigen Anschauungsweise widerspreche. Auch Strohal fordert umfangreichere Anerkennung des Rechtsbesitzes, als dies im E I geschehen sei. Er zählt einzelne Fälle auf, in denen kein Schutz gegeben werde.

Bei dieser Frage wird man davon ausgehen müssen vor allem, ob es sich lohnt, bei allen Rechten um eines blossen Besitzzustandes willen dem Beklagten die Rechtseinrede abzuschneiden. Wir betrachten zunächst die neue Gesetzgebung daraufhin, inwieweit sie den Rechtsbesitz beschränkt. Das französische Recht[2]) kennt nur den Besitz von Servituten, der bayrische Entwurf art. 42[3]) schützt allein die dinglichen Rechte, der hessische Entwurf art. II nur die Dienstbarkeiten, auch das Sächsische BGB. beschränkt den quasipossessorischen Schutz auf Servituten und die Emphyteuse. Ausgeschlossen vom quasipossessorischen Schutz sind durch die neue Gesetzgebung die Reallasten und Forderungsrechte, ferner mit vollständiger oder teilweiser Sachinhabung nicht verbundene Fälle der Ausübung eines Miet-, und Pachtrechts, endlich die vom ALR. unter dem Gesichtspunkte des Besitzes von Untersagungsrechten in I 7 §§ 86, 87 behandelten Ausübungszustände. Bezüglich des BGB. ist stets zu prüfen, ob nicht ein Ersatz des fehlenden Rechtsbesitzes durch Unterstellung von Sach- oder Teilbesitz eintritt, worauf wir noch unten eingehen. Das Bedürfnis eines quasipossessorischen Schutzes bei Forderungsrechten, Reallasten u. s. w. ist wohl zu verneinen. Welche Gründe sollten hierbei dazu führen, dem Beklagten die Einrede aus dem Rechte abzuschneiden? Ein abgekürztes, beschleunigtes Besitzverfahren haben wir nicht mehr, über die Besitzklage wird im ordentlichen Prozess entschieden, der sich nur

---

[1]) Gierke a. a. O., S. 297 ff.

[2]) Endemann a. a. O. II S. 115 ff. gegen Stobbe-Lehmann a. a. O. II § 90 n. 8. vgl. Zachariae, Franz. Privatrecht, Code civil art. 322, 323.

[3]) Bayr, Entw. III 1, art. 42. C. Max. Bav. II 5 § 7. Roth, System d. d. Pr. R. III 226.

durch die Abschneidung der Einrede aus dem Rechte von allen sonstigen Prozessen unterscheidet. Gerade diese Abkürzung läuft vielfach auf eine Verlängerung hinaus, welche in dem petitorischen Nachprozesse besteht. Man bedenke hierbei, dass Besitz- wie Nach-prozess drei Instanzen unter Umständen durchlaufen können. Dabei handelt es sich hier um Rechtsgebilde, welche in der Regel nicht auf unbeschränkte Dauer begründet werden. Bei ihnen legt daher die blosse Dauer nicht die Vermutung nahe, dass sie auch für die Zukunft zu Recht bestehen. Wenn man in früherer Zeit Besitzesschutz bei Reallasten und Forderungsrechten begünstigte, so lag dies in den besonderen Rechtszuständen dieser Zeiten begründet. Damals liess die Rechtspflege sehr zu wünschen übrig, der sehr langsame Gang der petitorischen Klagen drängte auf die Besitzklage hin. Heute haben sich die Rechtszustände gebessert, an Stelle einer Vielheit von Kleinstaaten, einer Mehrheit von Gerichtsbarkeiten ist nach Begründung eines einheitlichen deutschen Wirtschaftsgebietes, der Erlangung der politischen Einheit Deutschlands eine festgeregelte Gerichtsorganisation getreten, welche jeder Rechtsunsicherheit steuert. Zugleich ist durch die Vorschriften der heutigen CPO. das ordentliche Verfahren im Vergleich insbesondere zum Mittelalter beschleunigt worden. Der heutigen Zeit ist es daher kaum noch möglich, sich in eine Epoche zurück zu versetzen, in der man schnelle, wenn auch vorläufige Entscheidungen ersehnte, weil man die endgültige Entscheidung durch vielerlei Umstände, die auch in den ungefestigten Staatsverhältnissen lagen, bedroht glaubte. Zudem ist auch das heutige Wirtschaftsleben Instituten wie demjenigen der Reallasten nicht geneigt, sodass auch der possessorische Schutz derselben aus diesem Grunde nicht wichtig erscheint. Ist also ein Bedürfnis nach einem quasipossessorischen Schutze bei Reallasten und Forderungsrechten nicht anzunehmen, so ist, soweit man sonst eine Lücke finden will, darauf hinzuweisen, dass das BGB. auf dem Wege des Sachbesitz- und des Teilbesitzschutzes einen Schutz vielfach dort gewährt, wo früher die quasipossessorischen Rechtsmittel angewandt wurden, andrerseits der landesgesetzlichen Regelung auf dem Gebiete des Besitzes der Rechte insbesondere hinsichtlich der Rechte öffentlich-rechtlicher Natur ein weiter Spielraum eingeräumt ist. Es bleiben die landesrechtlichen Normen für das grosse Gebiet

der den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien in Geltung[1]). Hier kommen die Rechte auf Kirchenstühle, Erbbegräbnisse nach EG. BGB. art. 133 sowie Rechte auf dem Gebiete des Wasserrechts etc. in Betracht.

In welchen Fällen ferner ein Ersatz des fehlenden Rechtsbesitzes durch Sach- bzw. Teil-besitz eintritt, darüber gewähren die folgenden Fälle Auskunft. Der Mieter, der Schilder oder Schaukasten an der Aussen- oder Flur-wand des Mietshauses anbringt, hat die Besitzklage aus § 861 BGB. gegen den Dritten, und, falls er die Genehmigung des Vermieters zur Anbringung hatte, auch gegen den Vermieter, weil ihm an der Wand nach § 865 BGB. Teilbesitz zukommt, während ALR.[2]) und das gemeine Recht hier Rechtsbesitz annehmen. Dem Jagdpächter und dem Obstpächter eines Obstgartens, der diesen teilweise ausser den vom Verpächter zurückbehaltenen Grasflächen gepachtet hat, steht die Klage aus § 861 BGB. als Teilbesitzer gegen Dritte zu. Die jagdbaren Tiere sind Ausbeute im Sinne des § 99 BGB., es finden daher die Grundsätze des § 581 BGB. Platz, am Pachtlande aber hat der Jagdpächter nach § 865 BGB. Teilbesitz. Dass der Obstpächter Teilbesitz hat, versteht sich von selbst.

Erwägt man nun noch, dass und inwieweit die Vorschriften über den Sachbesitz analog herangezogen werden dürfen, so wird man, falls man der Analogie im BGB. ein weites Gebiet überlässt, zu der Ansicht kommen, dass eine ganze Reihe der von Strohal in seiner Kritik des E I aufgeführten Fälle nicht des geforderten Schutzes entbehren werde.

Nur Grunddienstbarkeiten sind daher noch Gegenstand des quasipossessorischen Schutzes, ihnen gleichgestellt sind im § 1090 BGB. persönliche Dienstbarkeiten. Diese Normierung bedeutet gegenüber den früheren Rechten eine Neuschöpfung und zugleich eine glückliche Lösung der Schwierigkeiten, die im römischen Recht in dieser Materie bestanden. Da das BGB. sich infolge der Verneinung des vom kanonisch-germanischen Recht ausgebildeten Rechtsbesitzes auf das römische Recht verwiesen sah, so stand es nur vor der Wahl, entweder dem römischen Recht ge-

---

[1]) Endemann a. a. O. II § 28 n. 18, S. 115 I § 16 IV, S. 61. Dernburg, Bürg. R. II, S. 87.

[2]) Ob. Trib. Bd. 44, S. 23.

mäss eine Anzahl von Servitutenbesitzesschutzklagen anzunehmen oder, um diese nicht befriedigende Zersplitterung in Einzelklagen zu vermeiden, eine einheitliche Klage aufzustellen, für die es bisher an einem einheitlichen Prinzip fehlte. Man that letzteres. Der Begriff des dem österreichischen A.BGB. entlehnten Tabularbesitzes bot das gesuchte Prinzip für diese Klage[1]). Unter Tabularbesitz begreift man die Thatsache der bücherlichen Eintragung eines Rechts für jemanden[2]).

Als Gegenstand der Besitzklage kommen nur Grunddienstbarkeiten in Betracht, die für den Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind[3]). An diesem Grundsatz hält das BGB. selbst im Falle der apparenten Servituten fest, bei denen ein den Besitz verkörperndes äusseres Verhältnis in dem Halten einer Anlage auf dem fremden Grundstück vorliegt[4]). Hier ist die Frage aufzuwerfen, ob es dem Leben entspricht, die Eintragung auch bei diesen Servituten zu fordern.

Zweck der Eintragung ist es, den äusseren Anschein des Rechts zu verstärken, mit welchem der wahre Besitz gewöhnlich verbunden ist. Nimmt man dies an, so wird man die Eintragung auch bei den apparenten Servituten fordern. Erklärt man dagegen, dass die Eintragung nur dazu da ist, den äusseren Anschein eines vorhandenen Besitzes anzuzeigen, so wird man es als unbillig ansehen können, dass der quasipossessorische Schutz z. B. bei einer Servitut ausgeschlossen ist, die zu Unrecht im Grundbuche gelöscht ist, deren Fortexistenz aber durch die Fortdauer der Anlage jedem sichtbar ist.

Nur zwei Ausnahmen lässt das BGB. vom Eintragungsprinzipe zu:

Grunddienstbarkeiten an einem Grundstück, das im Grundbuch nicht eingetragen ist und nicht eingetragen zu werden braucht, unterliegen nach art. 128 EG. BGB. reichsrechtlich dem Eintragungszwange nicht, ebensowenig vor Anlegung des Grundbuchs begründete Grunddienstbarkeiten nach Art. 187 EG.BGB. Gemäss art. 191 EG. BGB. finden die bisherigen Gesetze über den

---

[1]) Randa a. a. O., S. 63 § 5, § 321 Österr. A. BGB.

[2]) Vgl. Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 87, S. 279 u. n. 160.

[3]) Mot. III s. v. Staudinger-Kober zu § 1029 n. 2 c.

[4]) anders Scherer, Komm. Bd. III, S. 16 n. 25,2.

Schutz im Besitz einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch nach dem Inkrafttreten des BGB. bis zur Anlegung des Grundbuchs für das belastete Grundstück Anwendung. Von dieser Zeit an sollen zum Schutze der Ausübung einer Grunddienstbarkeit, mit der das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, die für den Besitzesschutz geltenden Vorschriften entsprechend angewandt werden, solange Dienstbarkeiten nach art. 125, 187 der Eintragung nicht bedürfen. Im allgemeinen sind nach Anlegung des Grundbuchs und nach Ablauf der von den Landesregierungen für die Anmeldung der bebestehenden Servituten zur Eintragung anberaumten Frist nur die reichsrechtlichen Grundsätze als geltend anzusehen.

Das neben der Eintragung aufgestellte Erfordernis, dass die Servituten innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal ausgeübt sein müssen, schliesst die Dienstbarkeiten aus, die einer mehr als einmaligen Ausübung nicht fähig sind. Das obige Erfordernis, welches auch für discontinuae servitutes besteht, schneidet bezüglich dieser die Zweifelsfrage ab, ob für den Berechtigten die Möglichkeit der Ausübung bestanden habe. Wenn auch diese strenge Bestimmung oft discontinuae servitutes schutzlos machen wird, so ist ihr doch im Interesse der Klarheit der Verhältnisse beizupflichten.

Die Vorschriften des § 1029 BGB. werden gemäss § 1090 auch auf beschränkte persönliche Dienstbarkeiten entsprechend angewandt. Hier hat aber den Besitzesschutz der eingetragenen Dienstbarkeit, abweichend von § 1029, jeder, der sich in der Ausübung der Dienstbarkeit befindet, ohne dass er im Grundbuch eingetragen zu sein braucht.

Cap. IV. Passivlegitimation.

Von der Passivlegitimation spricht § 861 BGB. mit den Worten:

„so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt.“

Das Wort: „Besitzen“ wird hier verschieden ausgelegt. Einzelne[1]) verstehen unter diesem Ausdruck den technischen Be-

[1]) Fischer-Henle zu § 861. Neumann a. a. O. zu § 861 n. 2 c. Kober zu § 861. Matthiass a. a. O. II § 2. Enneccerus-Lehmann, S. 2 n. § 5 Abs. 3.

griff des „Besitzes“ im BGB., sie beziehen den Ausdruck daher nur auf den unmittelbaren wie mittelbaren Besitzer, den Besitzdiener erachten sie hier für ausgeschlossen. U.E. ist das Wort „Besitzen“ im Sinne der Passivlegitimation ausdehnend auszulegen und auch auf den Besitzdiener zu beziehen[1]). Der Grund dieser Ausdehnung ist der Zweck des Rechtssatzes, welcher den Besitzesschutz verheisst. Man bedenke Folgendes: Wenn der Besitzdiener eines andern mich stört, so soll ich ihn belangen können, wenn er mich aber gänzlich hinauswirft, so soll dies nicht verstattet sein. Dies wäre ein seltsamer Rechtszustand! Man würde das grössere Unrecht gegenüber dem kleineren auszeichnen!

Es ist weiter in der Litteratur streitig, ob auch derjenige aus der Besitzklage nicht verurteilt werden kann, welcher während der Dauer des Rechtsstreits aufhört, Besitzer und Besitzdiener zu sein. Es wird behauptet, dass aus der Besitzklage nicht verurteilt werden kann, wer während des Besitzprozesses den Besitz ganz aufgegeben hat, sodass er weder unmittelbarer noch mittelbarer Besitzer noch auch Besitzdiener mehr bleibt. Begründet wird diese Behauptung damit, dass der Besitzanspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes und nichts anderes gehe, dass daher nur noch die Kostenfrage in Betracht komme, wenn der Beklagte des Besitzes vor der Urteilsfällung ledig geworden sei. Wir stimmen diesen Ausführungen bei in Rücksicht darauf, dass der Besitzanspruch nur auf Wiedereinräumung geht, verkennen aber nicht, dass es damit der Willkür des Beklagten überlassen bleibt, sich von der Haftung aus der Besitzklage zu befreien.

Die Besitzklage muss auch der mittelbare Besitzer gegen sich gelten lassen. Zu einem sehr unbilligen Ergebnis führt die schon früher widerlegte Ansicht, dass der mittelbare Besitzer ein Nichtbesitzer sei, auf dem Gebiete der Passivlegitimation. Sie macht den Kläger schutzlos, indem sie ihn der Grossmut des Beklagten überlässt, da sich dieser jederzeit durch Weggabe der Sache an einen nicht fehlerhaften unmittelbaren Besitzer der Passivlegiti-

---

Planck zu § 861 note 2 a. Cosack a. a. O. II 2. Aufl. S. 83 § 190 a IV a. Schulenburg S. 36.

[1]) Wie hier der Herausgeber der „Studien“, dem ich folge.

mation entziehen könnte[1]). Ist aber dieser unmittelbare Besitzer kein fehlerhafter Besitzer, so ist der Zweck der Besitzklage aus § 861 BGB. ganz vereitelt. Besonders unvorteilhaft zeigt sich die der Ansicht von Wendt konsequente Annahme, dass der Besitz der betreffenden Sache nach ihrer Rückgabe von dem nicht fehlerhaften unmittelbaren Besitzer an den Dejicienten nicht mehr fehlerhaften Besitz darstelle, wenn die Rückgabe nur ganz kurze Zeit darauf erfolgt.

Über dieses bei der Passivlegitimation mit dem Begriffe des Besitzes untrennbar verbundene Moment der Fehlerhaftigkeit sprechen wir jetzt. Der Begriff des „fehlerhaften Besitzes" entspricht der injusta possessio, vitiosa possessio des gemeinen Rechts, der Ausdruck „fehlerhafter Besitz" selbst ist dem Sächsischen BGB. entlehnt[2]).

Unser BGB. kennt mehrere Fälle fehlerhaften Besitzes. Dem Wortlaut des Gesetzes nach scheint freilich nur der Besitz desjenigen als fehlerhaft bezeichnet zu sein, der den Besitz unmittelbar durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, während der Nachfolger im Besitze, wenn er Erbe des Besitzers ist, oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt, scheinbar nur die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers gegen sich gelten lassen muss, ohne „fehlerhafter Besitzer" zu sein[3]).

Mit Rücksicht auf die §§ 861^2, 862^2 BGB. werden aber auch diese Fälle unter die Kategorie des fehlerhaften Besitzes zu stellen sein, weil auch sie dort mit Bestimmtheit als Fälle fehlerhaften Besitzes angesehen werden[4]).

Fehlerhaft ist daher auch

a) der Besitz des Erben, soweit er den Besitz als Erbe erlangt hat[5]),

---

[1]) vgl. auch Bartel, Der mittelbare Besitz und die rei vindicatio. Erl. Inaug. Diss. S. 23 ff.

[2]) Sächs. BGB. § 190.

[3]) Bunsen a. a. O., S. 20. Bartels a. a. O.

[4]) Strohal, Sachbesitz, S. 123 ff. Biermann a. a. O. zu § 858 n. 2 Meisner Bd. III, S. 16 note 4.

[5]) Nach ALR. I 7 § 148 ff. ist der possessorische Schutz nicht gegen den Erben und den Teilnehmer der unerlaubten Privatgewalt versagt, aber gegen den Singularsuccessor.

b) der Besitz des Singularsuccessors, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vormannes bei dem Erwerbe gekannt hat.

Die Fehlerhaftigkeit ist eine nur relative Eigenschaft des Besitzes, wie schon früher erwähnt ist. Der Besitz des Beklagten muss gegenüber dem Kläger fehlerhaft sein.

Wir wenden uns zunächst zu dem ersten der oben erwähnten Fälle. Er liegt vor, wenn jemand durch verbotene Eigenmacht Besitz erlangt hat.

In welchen Fällen verbotene Eigenmacht bei der Besitzentziehung und daher fehlerhafter Besitz anzunehmen ist, darüber geben die obigen Ausführungen hinsichtlich des Klagegrundes Aufschluss.

Es ist hier nur unter Berufung auf jene Darlegungen zu betonen, dass auch der vermittelnde Besitzer gegenüber dem mittelbaren Besitzer und umgekehrt passiv legitimiert sein kann.

Dem Besitzer, der durch verbotene Eigenmacht den Besitz erlangt hat, steht der Erbe desselben gleich, sofern er den Besitz als Erbe bekommen hat. Die Motive[1]) rechtfertigen diese, auch schon dem ALR.[2]) bekannte Gleichstellung damit, dass zwischen dem Erben des Eigenmächtigen und dem Verdrängten in Ansehung der Verfolgung der Rechte zum Haben der Sache die Rechtsposition ganz die gleiche sei, wie sie zwischen dem Erblasser und dem Verdrängten bestanden hätte[3]). Gegen eine solche Konstruktion kämpft Reatz[4]) an, indem er fordert, dass man das Dogma der Eigenmacht zu Gunsten des Moments einer objektiven Beeinträchtigung aufgebe.

Der Makel der Fehlerhaftigkeit geht nach BGB. nicht nur, wie nach ALR. auf den Nachfolger im Besitze kraft Erbfolge, sondern zwecks Vereitelung der Umgehung des Verbots der Eigenmacht auch auf denjenigen Sondernachfolger nach dem Vorbilde des gemeinen Rechts über, der bei der Erlangung des Besitzes die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vormanns kannte[5]). In

---

[1]) Ebenso im gemeinen Recht.

[2]) ALR. I 7 § 148.

[3]) Mot. III 123.

[4]) Reatz a. a. O. Heft IX.

[5]) E I § 818 nannte fehlerhaft ausser der durch verbotene Eigenmacht erlaubten Inhabung auch die „Inhabung des Erben desjenigen, dessen Inhabung fehlerhaft war,“ und die „Inhabung eines sonstigen Nachfolgers des letzteren, wenn der Nachfolger bei Erlangung der Inhabung die Fehlerhaftig-

dieser Bestimmung wird die Anordnung des Canon Saepe vom BGB. wiederholt, die vor ihm von den modernen Codifikationen nur das Sächsische BGB. in art. 106 aufgenommen hatte, während die übrigen Codifikationen sich hierin auf den Standpunkt des römischen Rechts stellten. Die Übernahme des Canon Saepe in das BGB. bedeutet den Sieg jener massvollen Richtung in der gemeinrechtlichen Theorie, die sowohl die Ausdehnung der Passivlegitimation der Spolienklage auf jeden dritten Besitzer wie umgekehrt jene reaktionäre Strömung bekämpfte, welche für die Passivlegitimation der Spolienklage lediglich den Standpunkt des römischen Rechts für massgebend erachten wollte. Wie wichtig die Stellungnahme des BGB. auch besonders für den Streit mit Delbrück und Ziebarth ist, auf deren Seite sich neuerdings Affolter [1]) stellt, bedarf nach den früheren Ausführungen keines Wortes.

Was nun die Art des hier in Betracht kommenden fehlerhaften Besitzes betrifft, so weist uns der Text des § 858 BGB. im Zusammenhang mit der in der gemeinrechtlichen Rechtsentwickelung liegenden Vorgeschichte darauf hin, dass man die Bestimmungen hinsichtlich des Sondernachfolgers im Besitze, welcher die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt, im beschränkenden Sinne auszulegen hat.

Nachträgliche, d. h. nach dem Erwerbe erlangte Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers schadet nicht, da diese Kenntnis gerade zur Zeit des Erwerbes vorhanden sein muss, wenn sie den Besitz des Nachmannes zu einem fehlerhaften machen soll. Diese Regelung ist ganz der des gemeinen Rechts entsprechend [2]).

Der Kenntnis steht eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis nicht gleich [3]), ein dahin gehender Antrag wurde von der IIten Kommission ausdrücklich abgelehnt [4]), die

keit seines Vorgängers gekannt hat." Es ist keine sachliche Aenderung, wenn § 858,2 jetzt nur den durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitz als fehlerhaft bezeichnet.

[1]) Affolter, Arch. f. Bürg. R. Bd. 17, S. 20 ff.

[2]) Vgl. jedoch Kniep a. a. O., S. 103 ff.

[3]) Biermann zu § 858 n. 2 Staudinger-Kober a. a. O. n. II b. Cosack a. a. O. II 2. Aufl. § 190 IV c.

[4]) Prot. S. 335,2 ff.

Gleichstellung liesse sich auch aus dem Text des § 858 BGB., der nur von der besonders gearteten Kenntnis spricht, nicht rechtfertigen[1]).

Kein Gewicht ist darauf zu legen, ob der Sondernachfolger entgeltlich oder unentgeltlich erwarb.

Nachfolger ist nicht blos der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Nachfolger des Dejicienten[2]), während nach Bunsen[3]) nur der unmittelbare Nachmann des Dejicienten haftbar ist. Bunsen verkennt, dass auch die unter Ziffer 2 und 3 stehenden Fälle des § 858 BGB. unter die Kategorie des „fehlerhaften“ Besitzes im technischen Sinn gehören[4]). Soll freilich auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber eine Passivlegitimation vorliegen, so muss auch der unmittelbare Nachmann fehlerhaft besessen haben. Die Sachlage stellt das Beispiel von Strohal klar. Dem P. hat A. den Besitz mittels verbotener Eigenmacht entzogen. B. ist Sondernachfolger spolii conscius des A. geworden, C. solcher des B. oder auch Erbe des B., der den Besitz des B. als Erbe erlangt hat. Der Vormann des C., der B., ist nach der obigen Entscheidung fehlerhafter Besitzer, mithin muss der weitere Nachmann C. die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des B. unter denselben Voraussetzungen gegen sich gelten lassen, unter denen B. die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des A. gegen sich gelten lassen musste. Der Dejicierte muss beweisen, dass der Beklagte Sondernachfolger des Dejicienten ist und zwar bezüglich des Zeitpunktes des Erwerbes spolii conscius war. Der Nachfolger eines fehlerfreien Besitzes haftet nicht, ebensowenig derjenige, welcher den Besitz zwar vom Dejicienten aber nicht als Nachfolger desselben z. B. durch verbotene Eigenmacht gegenüber diesem erlangt hat. Hier liegt kein fehlerhafter Besitz vor.

---

[1]) Der tiefere Grund hierfür liegt darin, dass es hart ist, eine Besitzklage zu erdulden, bei der Einwendungen aus dem Rechte verboten sind und weil man nicht jeden Besitzer so streng behandeln darf.

[2]) So auch Strohal a. a. O., S. 123 ff. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 735, Krahé a. a. O., S. 23. Schulenburg a. a. O. S. 28. Männer S. 93. n. 12.

[3]) Bunsen a. a. O. II, S. 20. Bartel a. a. O.

[4]) S. oben S. 180 Prot. III S. 36—38.

Cap. V. Einreden.

Wir beginnen jetzt mit der Darstellung der Einreden bzw. Einwendungen und behandeln nacheinander:

1. die Einwendung des fehlerhaften Besitzerwerbes, § 861 Abs. 2.
2. die Einrede der gesetzlichen Ausschlussfrist, § 864 Abs. 1.
3. die Einrede des rechtskräftigen Urteils, § 864 Abs. 2.
4. die Einwendung der mangelnden Passivlegitimation,
5. die etwa zulässigen petitorischen Einreden.

Was die Haupteinrede des fehlerhaften Besitzerwerbes betrifft, so stellt sie zunächst ihrer Natur nach nur eine Einrede im Sinne der CPO., aber nicht des BGB. dar[1]). Der Begriff der Einrede dieser letzteren Art erschöpft sich in dem Begriffe eines Leistungsweigerungsrechtes. Dieses ist nur bei Geltendmachung seitens des Beklagten zu berücksichtigen, während für die hier vorliegende Einrede im Sinne der CPO. es nicht darauf ankommt, ob der Beklagte fehlerhaften Besitzerwerb des Klägers vorschützt. Auch die aus dem klägerischen Vorbringen erhellende Thatsache des fehlerhaften Besitzes des Klägers im Sinne des § 861² führt zur Abweisung der Klage ex officio.

Die Bestimmung des § 861 Abs. 2 bedeutet eine Annäherung an das ältere römische und preussische[2]) Recht, das Justinianische und gemeine Recht ermangeln der exceptio vitiosae possessionis ebenso wie z. B. das Bayrische Landrecht. Im Unterschied von der Formel der exceptio vitiosae possessionis, die sich als Einrede des vi, clam, precario erlangten Besitzes darstellte, ist heute die Einwendung des precario erlangten Besitzes weggefallen[3]). Die Bestimmung des § 861² BGB. bezieht sich ferner im Anschluss an

---

1) Fischer-Henle zu § 202 n. 6. Planck, Komm. Vorbem. VIII. Fischer-Henle zu § 861 n. 8 Friedenthal, Fischers Abhand. „Einwendung und Einrede" S. 70 ff. Strohal a. a. O., S. 129. Küntzel, Gruch. Beitr. Bd. 41, 437. Biermann, Komm. a. a. O. zu § 861 n. 3 zu § 886 n. 1. — Anders: Tränkner-Wulffert, S. 30. Endemann a. a. O., S. 179 n. 10. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., Bd. II, S. 469 § 10 n. 1. Randa a. a. O. S. XIII. Krahé a. a. O. S. 37.

2) Pr. Allg. G. Ord. I § 31 § 14 vgl. über die Frage, ob die Bestimmung des BGB. zweckmässig ist, Krahé, a. a. O. S. 37, dem wir beistimmen.

3) Kuhlenbeck a. a. O., S. 467.

das preussische Recht nur auf vitia ab adversario[1]), man darf sich nicht darauf berufen, dass der Besitz vom Kläger einem Dritten entzogen sei und zwar vi oder clam. Das BGB. geht jedoch über die einschlägige Regelung des ALR. hinaus. Nach diesem hat der Besitzbeklagte die exc. vit. poss. nur, wenn der entzogene Besitz dem Besitzbeklagten gegenüber fehlerhaft erlangt, nicht auch, wenn er gegenüber dem Rechtsvorgänger des Besitzbeklagten gegenüber fehlerhaft war[2]). Die Sachlage stellt das Beispiel bei Strohal ins Klare.

I. B entzieht dem A eine Sache mittels verbotener Eigenmacht, darauf nimmt A dieselbe Sache wieder mittels verbotener Eigenmacht dem B weg. B klagt gegen A, B's Klage steht entgegen, dass B dem A gegenüber fehlerhaft besass. Ebenso würden nach ALR. wie BGB. ausser diesem einfachsten Falle noch folgende Fälle zu behandeln sein:

II. Der Kläger B, der dem A die Sache genommen hat, stirbt. Seinem Erben E, der den Besitz der Sache als Erbe erlangte, nimmt A die Sache wieder weg. Die Klage des E ist hinfällig, weil der Erblasser des Klägers E dem Beklagten A den Besitz entzogen hat, daher Kläger E dem A gegenüber fehlerhaft besitzt.

III. Gleich steht das folgende Beispiel. B überlässt die Sache an den T, der spolii conscius ist. A nimmt dem T die Sache. T klagt gegen A. Der Anspruch des T ist ausgeschlossen, da T dem A gegenüber fehlerhaft besitzt, weil der Rechtsvorgänger des bösgläubigen Klägers T dem Beklagten den Besitz entzogen hat.

Im Unterschied vom ALR. kommt gemäss dem oben aufgestellten Prinzip nach § 861 Abs. 2 BGB. die Ausschliessung des Anspruchs in folgenden Fällen zur Anwendung, in denen nach ALR. die Klage durchdringt:

I[a]. B entzieht dem A den Besitz, A stirbt. Der Erbe des A entzieht dem B den Besitz, B klagt gegen den Erben des A, den C. Der Anspruch des B ist ausgeschlossen, da der Kläger B dem Rechtsvorgänger des Beklagten C, dem A, gegenüber den Besitz entzogen hat, daher der Besitz des C dem A gegenüber fehlerhaft war. Gleich stellt sich der Fall, wenn A, nachdem ihm der Be-

---

[1]) Mot. S. 122.

[2]) Ob. Trib. 72[268]; St. A. 61[323], Rehb., S. 717, 709. Josef a. a. O., S. 279. Krahé a. a. O., S. 38.

sitz von B entzogen ist, seinen Besitzanspruch gegen B an C cediert und C darauf dem B den Besitz derselben Sache entzieht. B's Klage gegen C ist ausgeschlossen, weil der Besitz des Klägers dem Rechtsvorgänger des C, dem A gegenüber, fehlerhaft war. In beiden hier unter I^a behandelten Fällen dringt die Klage des B nach ALR. durch gegen C, weil es den Ausschluss des Anspruchs nicht dort kennt, wo der Besitz des Klägers einem Rechtsvorgänger des Beklagten gegenüber fehlerhaft ist. Die beiden noch möglichen Fälle des Ausschlusses des klägerischen Anspruches nach BGB. nicht nach ALR. ergeben sich dadurch, dass man die Fälle unter II und III mit denen unter I^a kombiniert.

II^a B, der dem A den Besitz entzog, stirbt und hinterlässt den E, der den Besitz der Sache als Erbe erlangt, A hinterlässt den C. E klagt gegen C, weil C dem E den Besitz entzogen hat. E's Anspruch gegen C ist ausgeschlossen, da B, der Erblasser des Klägers, dem A, dem Rechtsvorgänger des Beklagten C, den Besitz entzogen hat.

Der letzte Fall ist folgender:

III^a B entzieht dem A den Besitz, sodann geht B's Besitz an T als spolii conscius über, A's Besitz an C im Wege des § 870 BGB. über, C entzieht dem T den Besitz, T klagt gegen C, T's Anspruch ist ausgeschlossen, da der Rechtsvorgänger B des bösgläubigen Klägers T (gegenüber) dem Rechtsvorgänger A des Beklagten C den Besitz entzogen hat.

Die aufgeführten Fälle beweisen, dass das BGB. einen Übergang der Rechtsposition des Besitzschutzberechtigten auf den Besitznachfolger kennt. Voraussetzung ist aber eine Rechtsnachfolge, nicht bloss ein zeitliches Aufeinanderfolgen der Besitzer.

Das BGB. spricht zwar immer nur von einer Einrede des fehlerhaften Besitzes, man muss aber aus dem der Bestimmung des § 861² BGB. zu Grunde liegenden Gedanken entnehmen, dass auch die entsprechende Replik und Duplik zulässig ist, falls nur die in § 861 Abs. 2 enthaltene zeitliche Grenze, von der noch zu reden ist, beachtet wird. Der Grundgedanke des § 861 Abs. 2 BGB. ist der, dass niemand sich auf die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Gegners berufen kann, der selbst innerhalb eines Jahres vor der fehlerhaften Besitzerwerbung des Gegners den Be-

sitz diesem gegenüber fehlerhaft erlangt hat[1]). Damit ist schon Anfangs- und End-punkt der einjährigen Ausschlussfrist bezeichnet. Im Gegensatz zum E I, der dieses Jahr von der Klageanstellung an zurückrechnete und damit es dem zuletzt Dejicierten überliess, durch Verschleppung der Besitzklage dem Beklagten die Einrede zu nehmen, lässt das BGB. jenes Jahr mit der ersten Eigenmacht des Klägers oder seines Rechtsvorgängers beginnen. Die zuerst durch den Kläger oder dessen Rechtsvorgänger gegen den Beklagten verübte und später seitens des Beklagten gegenüber dem Kläger erfolgte Besitzentziehung dürfen zeitlich nicht weiter als ein Jahr aus einander liegen[2]). Die Berechnung der einjährigen Frist kann infolge des Wortlauts des § 861 Abs. 2 in den vorher erwähnten Fällen II und III bzw. IIa und IIIa zu Zweifeln Anlass bieten. Hält man sich streng an die Worte: „und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist," so muss man die Jahresfrist von dem Zeitpunkt ab laufen lassen, in dem E oder T den Besitz der Sache erlangt haben. Dies ist aber offenbar der Gesetzesabsicht zuwider[3]). Die Gesetzesfassung ist wohl zu verbessern, da es sich um einen blossen Stylisierungsfehler handelt. Man hat vielleicht auch bei der Redigierung an die vorliegenden Fälle nicht gedacht und daher eine Fassung beliebt, die man bei voller Übersicht über die Sache vermieden hätte. Das Gesetz will, wie dies aus dem ganzen Zusammenhang ersichtlich ist, den Anspruch des E bzw. T gegen A dann als ausgeschlossen betrachtet wissen, wenn die Wiederbemächtigung durch A zu einer Zeit erfolgt, in der A gegen E bzw. T auf Wiedereinräumung des Besitzes nach § 864 Abs. 1 BGB. noch hätte klagen können. Die Jahresfrist des § 864 Abs. 1 BGB. läuft aber von dem Zeitpunkt ab, zu dem B, der Vormann des E bzw. T, sich des Besitzes der Sache vermittelst einer dem A gegenüber verübten verbotenen Eigenmacht bemächtigt hatte.

---

[1]) Prot., S. 3364. Danach wird also demjenigen, welchem eine Sache von einem andern widerrechtlich entzogen ist, diesem fehlerhaften Besitzer gegenüber das Recht zugestanden, die Sache binnen einer bestimmten Zeit mit Gewalt zu entreissen. Vgl. R. Leonhard, Populäre Vorträge über die Hauptziele des BGB. S. 9 ff.

[2]) Fischer-Henle n. 8 zu § 861 BGB., Krahé S. 38.

[3]) Strohal a. a. O., S. 132 Planck, Komm. zu § 861 n. 4 b.

Es braucht nicht erst gesagt zu werden, dass die sg. Einrede des fehlerhaften Besitzes nicht petitorischer Natur ist, ferner dass die sg. zweite Dejection verbotene Eigenmacht darstellt, die dem Dejicienten nur nachgelassen wird, wenn sie innerhalb Jahresfrist nach der sg. ersten Dejection erfolgt, anderer Ansicht ist Riso S. 31.

Wir kommen zur Einrede der gesetzlichen Ausschlussfrist, die in § 864 Abs. 1 festgestellt ist.

Die hier bestimmte Frist ist eine Ausschlussfrist[1]). Sie unterliegt nicht den Regeln über Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung, auch nicht den auf die Verjährung sich beziehenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 BGB., die bei manchen Präclusivfristen Anwendung finden. Der Anspruch erlischt mit Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer von der gegen ihn verübten Eigenmacht Kenntnis hat[2]). Der Ablauf der einjährigen Frist ist ex officio zu beachten, wenn dies auch nur aus dem Klagevorbringen erhellt[3]). Die Bestimmung des § 861 Abs. 1 ist eine glückliche. Die kurze zeitliche Begrenzung entspricht sehr dem Bedürfnis, da die Frage, auf wessen Seite bei einem thatsächlichen Konflikt das formelle Recht steht, baldiger Verdunkelung unterliegt[4])[5]). Deshalb finden sich in der neueren Gesetzgebung vielfach kurze Verjährungs- bzw. Erlöschungs-fristen. Das BGB. hatte in dieser Beziehung vor sich das französische Recht[6]), dessen Besitzklage in Jahresfrist vom Tage der geschehenen Störung zu erheben ist, das sächsische BGB.[7]), dessen Besitzklage und Einrede des fehlerhaften Besitzes an eine einjährige Frist gebunden ist, die Entwürfe von Bayern und Hessen mit einer einjährigen Erlöschungsfrist[8]). Nur das bayrische Recht[9]) hatte

---

[1]) Fischer-Henle n. 1 zu § 864 n. X vor § 194. Strohal a. a. O., S. 118 Ostermeyer a. a. O., S. 99 II Biermann zu § 864 Planck zu § 864 n. 1, anders: Bekker a. a. O., S. 15 Fischer, Vortr. über Sach. R. S. 23.

[2]) Planck zu § 864 n. 1, Strohal, S. 118, anders Biermann z. § 864 n. 2

[3]) Planck a. a. O.

[4]) Motive III, S. 132 ff.

[5]) Weyl, Vortr., S. 14 ff.

[6]) Code de procedure civ. art. 23.

[7]) § 210.

[8]) III art. 38 bzw. II art. 23.

[9]) II 5 §§ 11, 12 a. G.

eine 30jährige Verjährung der rekuperatorischen Besitzklage, das preussische Recht gar keine besondere Bestimmung der Verjährung [1]). Eine zeitliche Begrenzung ergab sich hier nur daraus, dass die Entsetzung „neuerlich“ stattgefunden haben musste. Wie sich das BGB. zu diesen Rechten gestellt hat, zeigt die besprochene Regelung desselben.

Einer Erörterung bedürfen noch die Schlussworte des § 864 Abs. 1: „wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird.“

Da das Gesetz von der Geltendmachung des „Anspruchs“ aus § 861 im Wege der Klage spricht, so genügt nicht die Erhebung der Feststellungsklage nach § 256 CPO. ä. F., ebenso wenig genügt das Gesuch um Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Dem in Abs. 1 des § 864 BGB. behandelten Falle des Erlöschens des Anspruchs reiht das Gesetz in Abs. 2 einen weiteren Fall des Erlöschens an.

§ 864^2 sagt:

„Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, dass dem Thäter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann [2]).“ Mit dieser Bestimmung erneuert das BGB. nur einen in der Praxis, insbesondere auch der des preussischen Rechts [3]), anerkannten Satz. Schon für das gemeine Recht hiess es in diesem Sinne: „Petitorium absorbet ordinarium.“

Der Grund der Bestimmung liegt darin, dass eine possessorische Restitution mit einer ihr folgenden, dem materiellen Recht entsprechenden Restitution ein unnötiger Umweg sein würde [4]).

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 864 Abs. 2 sind folgende:

1. Es muss ein rechtskräftiges Urteil vorliegen, es reicht nicht hin die blosse Erhebung der Klage aus dem Recht. E I § 823 Abs. 1 sagte dies ausdrücklich, von der II. Kommission wurde

---

1) AGO. I 31 § 1.

2) Strieth. Arch. 29^{290}.

3) S.A. 5^{66}, 6^{90}.

4) Mot., S. 131 DS., S. 113.

dies als selbstverständlich gestrichen. Danach können beide Klagen, die Besitzklage und die Klage aus dem Rechte, neben einander hergehen [1]). Von § 148 CPO. n. F. darf im Besitzprozess mit Bezug auf die Klage aus dem Recht kein Gebrauch gemacht werden, da sonst der Besitzesschutz vereitelt würde [2]).

2. Das Urteil muss feststellen, dass dem Thäter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Zustands verlangen kann. Hierdurch wird dem Thäter seine verbotene Eigenmacht nachgesehen, wenn er auf Grund des ihm zuerkannten Rechts jenen äusseren Erfolg rechtlich fordern darf, den er durch seine Eigenmacht thatsächlich hergestellt hat.

Der Hauptfall ist hier die Anerkennung des Eigentums des Dejicienten an der Sache, aber es steht in Frage überhaupt die Anerkennung eines dinglichen oder obligatorischen Rechts an der Sache. Der Terminologie des § 864 BGB. entsprechend, sollen nach einigen die Worte: „Recht an der Sache“ in dem auf dingliche Rechte beschränkten Sinne aufgefasst werden [3]), sie sollen nicht auch darauf bezogen werden, dass obligatorische Rechte an der Sache festgestellt werden. Dagegen nimmt Endemann [4]), obwohl er selbst zugiebt, dass der Ausdruck „Recht an der Sache“ dann hier unrichtig verwertet wäre, an, dass auch die Feststellung eines obligatorischen Rechts auf einen der Entsetzung entsprechenden Besitzstand genügt. Strohal meint, dass dieser letztere Fall durch § 864 [2] nicht mitgetroffen sei, setzt sich aber auch über den Wortlaut hinweg [5]). Wir erklären es für zweifelhaft, ob hier nicht nur eine Ungenauigkeit des Ausdruckes vorliegt und daher auch die Feststellung eines obligatorischen Rechts durch den Text mit-

---

[1]) DS. 113, so schon l 12 § 1 D de a. vel a. poss. 41,2 anders: Code de proced. art. 26 Le demandeus au pétitoire ne sera plus recevable an possessoire.

[2]) Fischer-Henle n. 6 zu § 864, Biermann zu § 864 n 3 a.

[3]) Fischer-Henle a. a. O. 2. Ausg. Bem. 6 zu § 95. Planck, Komm. Bem. 4 u. Komm. zu § 864 BGB. note 2a, Fischer-Henle 1. Aufl. n. 5 zu § 95, Strohal a. a. O., S. 120. Eck, Vortr. über den allgem. Teil des E I 1896 Seite 27. Männer S. 109 n. 46.

[4]) Endemann a. a. O. § 42 n. 16.

[5]) Zweifelhaft ist Neumann a. a. O. zu § 864 n. II 26.

getroffen sein soll. Der § 823 Abs. 1 E I forderte nur die Feststellung des Inhalts eines Rechts und die Absicht einer diesbezüglichen Änderung ist aus den Protokollen II. Lesung nicht ersichtlich. Jedenfalls jedoch ist, auch wenn man hierüber anders denkt, Strohal zuzustimmen; denn für ihn spricht die Analogie, die aus dem Zwecke der Vorschrift folgt.

Es ist übrigens nicht nötig, dass die Feststellung durch ein Festellungsurteil nach § 256 CPO. erfolgt[1]).

Drittes Erfordernis ist, dass das Urteil nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht rechtskräftig wird[2]). Wenn Bekker[3]) auch ein vor der Ausübung der Eigenmacht fallendes rechtskräftiges Urteil in Betracht zieht, so steht ihm entgegen, dass der Anspruch aus § 861 nicht vor der Verübung der Eigenmacht, d. h. vor der Entstehung erlöschen kann[4]).

Nicht erforderlich ist, dass die betreffende Besitzklage im Augenblick des petitorischen Urteils bereits anhängig sei. Dies steht im Gegensatz zum E I[5]).

Folge des rechtskräftigen Urteils im Petitorium ist das Erlöschen des Besitzanspruchs. Die Berufung auf das Urteil ist nicht Geltendmachung einer Einrede[6]).

Den Ausschluss petitorischer Einreden statuiert § 863 BGB. allgemein. Hierin ist der gemeinrechtliche Grundsatz: „separata esse debet possessio a proprietate“ in Übereinstimmung mit der modernen Gesetzgebung wiederholt[7])[8]). Ausnahmsweise ist jedoch

1) Anders Planck zu § 864 n. 26.

2) Neumann § 864 note II 2a, Fischer-Henle n. 4 zu § 864, Biermann zu § 864 n. 3a v. Staudinger-Kober n. 2a zu § 864 Planck, Komm. zu § 864 n. 2b. Künkler, der Selbsthülfeschutz des Besitzers nach § 859 BGB. S. 35. Männer S. 109.

3) Bekker a. a. O., S. 17, wie Bekker auch Windscheid-Kipp I, S. 737 unter No: 5.

4) Das vorher ergangene petitorische Urteil ist eventuell nur als Einrede gemäss § 863 BGB. wichtig.

5) v. Staudinger-Kober a. a. O. n. 6.

6) Das Erlöschen tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein.

7) Den Kostenpunkt regelt Biermann zu Ungunsten des Besitzklägers nach § 91 CPO. unter Berücksichtigung von § 95 CPO. ebenso Planck, Komm. zu § 864 n. 2b.

8) Code de proc. art. 24. Österr. BGB. § 346², § 342. Bayr. Entw. III art. 31, hess. Entw. II art. 20.

nach § 863 BGB. die Berufung auf ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung insoweit gestattet, als damit der Klagegrund der verbotenen Eigenmacht widerlegt wird. Über die Tragweite dieser Ausnahme können Zweifel herrschen. Findet man, dass unter den Ausdruck „nicht verbotene Eigenmacht“ nur alle als „gesetzlich erlaubte Selbsthülfe“ gekennzeichneten Handlungen des Beklagten gemeint sind, so werden die auf „nicht verbotene Eigenmacht“ gestützten Einreden des Beklagten sich in sehr engen Grenzen halten müssen. Als erlaubte und zwar gesetzlich erlaubte Fälle der Besitzentziehung kämen die auf Seite 166 namhaft gemachten Fälle in Betracht: Entziehung der Sache im Wege der Selbsthülfe[1]), der Zwangsvollstreckung[2]), kraft eines Privatpfändungsrechts[3]), oder einer aus dem öffentlichen Recht sich herleitenden Befugnis[4]) bzw. auch auf Grund einer privatrechtlichen Gestattung der Eigenmacht[5]).

Bei Beschränkung des Ausdrucks „nicht verbotene Eigenmacht“ auf solche gesetzlich erlaubte Fälle käme man unbilligerweise dazu, auch denjenigen zu verurteilen, der im vorherigen Einverständnis mit dem Kläger diesem eine Sache genommen hat. Die vom Kläger erteilte, später vielleicht willkürlich zurückgezogene Erlaubnis könnte bei der vorherigen Unterstellung, dass „nicht verbotene Eigenmacht“ nur gesetzlich erlaubte Fälle seien, nichts daran ändern, dass auch eine Besitzentziehung die mit dem früher erklärten, nicht aber mit dem späteren Willen des Klägers geschieht, verbotene Eigenmacht darstelle. In erweiterter Auslegung ist daher überall dort, wo es an den allgemeinen Erfordernissen der verbotenen Eigenmacht fehlt, nicht verbotene Eigenmacht anzunehmen, vor allem also in Fällen der Einwilligung des Klägers in die gerügte Handlung[6]), wie überhaupt dann, wenn vorhergehende vertragsmässige Abreden zwischen dem Kläger und dem Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern vorliegen. „Nicht verbotene Eigenmacht“

---

1) § 227 ff, 859 ff. BGB. §§ 561, 904 BGB.

2) § 678, 712, 777 CPO. ä. F.

3) art. 89. EG. BGB.

4) s. S. 166 dieser Arbeit.

5) § 559 BGB.

6) Str. A. 18, S. 49. Biermann z. § 863. v. Staudinger-Kober § 863 BGB. Josef a. a. O., S. 286.

ist auch z. B. vorhanden, wenn der Kläger den behaupteten Besitz nicht hat oder haben kann, wenn z. B. das streitige Grundstück Teil einer öffentlichen Strasse ist. Es lassen sich eine ganze Reihe von Fällen aufstellen, in denen das Moment der verbotenen Eigenmacht nicht gegeben ist, und daher es dem Beklagten verstattet sein wird, eine Einrede in diesem Sinne vorzubringen. Man wird sich z. B. auch auf ein Zurückbehaltungsrecht zur Widerlegung der klägerischen Behauptung, dass in dem Verhalten des Beklagten verbotene Eigenmacht liege, von Seiten desselben unter Umständen berufen können. Diese Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann niemals von den in § 855 genannten Personen zur Entkräftung der Behauptung verwertet werden, dass ihr Verhalten gegenüber dem klägerischen Dienstherrn verbotene Eigenmacht darstelle[1]). Diese Personen haben gegenüber dem Dienstherrn kein Zurückbehaltungsrecht[2])[3]).

Als letzte Einwendung kommt diejenige der mangelnden Passivlegitimation in Betracht. Sie macht mit keinem Erfolg der Besitzdiener geltend, wenn gegen ihn die Besitzklage gerichtet wird, auch kann sich nicht der Beauftragte, der in fremden Auftrage eine Besitzentziehung vorgenommen hat, durch Vorschützung dieser Einrede von der Passivlegitimation frei machen[4]), indem er den Auftraggeber benennt.

---

[1]) Josef a. a. O., S. 287 Ob.-Trib. 44,34; 46,49.

[2]) Mot. 2, S. 44. Prot. S. 3341 anders: ALR. Str. A. 42, S. 233. Bericht d. RTK. z. HGB., S. 218 der Heym. Ausgabe bezüglich der Handlungsreisenden.

[3]) Die Verbindung der Besitzklage und der Klage aus dem Recht ist auch nach Aufhebung des prozessualen Verbots des § 260 CPO. unzulässig, ebenso ist die Widerklage aus dem Recht gegen die Besitzklage unstatthaft. Die Zulassung der petit. Widerklage und der Verbindung von Besitzklage und petit. Klage widerspräche dem Grundgedanken des § 863 BGB. und dem unverändert gebliebenen § 33 CPO. anderer Ansicht Biermann z. § 863 und anscheinend auch Denkschrift z. Entw. betreffend Änderungen der CPO. S. 43, ferner Neukamp, Handk. z. CPO. zu § 260 n. 2 und Scherer, Komm., S. 12 n. 18.

[4]) für die hier vertretene Ansicht Planck n. 4 z. § 863 v. Buchka, Civ.-Prozessordnung S. 37 u. Mot. III, S. 130. a. M. Kniep a. a. O.. S. 14 u. 411 ff. 419 ff. Schönberg, Die Besitzklagen in ihrer Richtung auf Schadensersatz· Greifsw. Inaug.-Diss. S. 37.

Das Urteil geht auf Wiedereinräumung des Besitzes, nicht auch auf Schadensersatz. Liegen konkurrierende Klagen im Sinne des § 869 seitens eines unmittelbaren und eines mittelbaren Besitzers vor, so wird, worüber Seite 151 ff. schon gehandelt ist, nach § 869 zu verfahren sein[1]). Sollte es sich z. B. um eine mit Zustimmung des vermittelnden Besitzers geschehene verbotene Eigenmacht eines Dritten gegen den mittelbaren Besitzer handeln, so wird unter Nichtanwendung von § 869 BGB. das Urteil auf Wiedereinräumung des Besitzes an den mittelbaren Besitzer lauten müssen, selbst wenn der unmittelbare Besitzer gleichzeitig gegen den Dritten geklagt hat[2]), und wegen seiner Zustimmung abgewiesen werden musste, die er zu der Besitzentziehung dem Dritten gegeben hatte.

---

[1]) Regelmässig muss hier die Wiedereinräumung an den vermittelnden Besitzer erfolgen, geht der Klageantrag des vermittelnden und des mittelbaren Besitzers auf Wiedereinräumung an den vermittelnden Besitzer, so wird eine Verbindung der Klagen erfolgen, vermittelnder und unmittelbarer Besitzer werden dann notwendige Streitgenossen. Geht der Antrag des mittelbaren Besitzers auf Wiedereinräumung des Besitzes an sich selbst, obwohl nach § 869 der vermittelnde Besitzer den Besitz übernehmen kann oder will, so hat Abweisung der Klage des mittelbaren Besitzers zu erfolgen.

[2]) S. Seite 168 ff.

Dritter Abschnitt.

Die Klage aus § 867 BGB.

Eine Erweiterung des Besitzesschutzes über das Moment der Eigenmacht hinaus findet sich in § 867 BGB. Hier liegt ein Fall vor, in welchem der Schein des Rechts ebenso für den früheren Besitzer wie bei der fehlerhaften Entziehung spricht.

Cap. I. Activlegitimation.

Die Klage aus § 867 BGB. hat folgende Voraussetzungen:

Der Besitzanspruch steht dem Besitzer einer Sache unter den noch näher zu bezeichnenden Umständen zu. Unter dem Ausdruck: „Besitzer" ist sowohl der unmittelbare wie der mittelbare Besitzer zu verstehen [1]), auch Mitbesitzer wie Teilbesitzer sind aktiv legitimiert, nicht aber der Besitzdiener und der Eigentümer, welcher nicht besessen hat [2]).

Die Erfordernisse zur Substantiierung des Anspruches sind folgende:

Positive Voraussetzung ist, dass die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf das im fremden Besitze befindliche Grundstück gelangt ist. Es kommt nicht darauf an, ob dadurch der Sachbesitzer die thatsächliche Gewalt verloren hat oder nicht [3]), ebenso-

---

[1]) Wenn ein unmittelbarer und ein mittelbarer Besitzer neben einander aus § 867 BGB. klagen, findet § 869 BGB. Anwendung.

[2]) a. A. Fischer-Henle n. 1 zu § 867 n. 1 zu § 854 n. 2 zu § 861, Cosack a. a. O., II., Staudinger-Kober zu § 867 n. 1.

[3]) so Planck zu § 867 n. 2, Strohal a. a. O., S. 54, a. M. Biermann n. 1 a zu § 867.

wenig darauf, ob die Sache durch Zufall z. B. durch elementare Ereignisse oder durch Zuthun des Sachbesitzers auf das fremde Grundstück gekommen ist[1]).

Negatives Erfordernis ist, dass die Sache nicht unterdessen, nachdem sie auf das Grundstück gekommen ist, vor der Geltendmachung des Anspruchs von dem Grundstückbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen worden ist. Die Inbesitznahme ist nicht identisch mit dem Besitzerwerbe, dieser kann sich vielmehr schon mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück vollzogen haben[2]). Es muss gleichgültig erscheinen, ob diese Inbesitznahme rechtmässig oder unrechtmässig erfolgt ist, dagegen darf man es nicht als unwesentlich erachten, ob die Besitznahme von Dauer ist oder der Besitzerwerber die Sache alsbald weggeworfen hat. Im letzteren Falle wird man den Zweck der Vorschrift entsprechend, den Anspruch des Klägers als begründet ansehen müssen, d. h. die Inbesitznahme wird im Gegensatz zum Besitzerwerb stets in einer Handlung des Grundbesitzers bestehen müssen.

Cap. II. Passivlegitimation.

Die Klage aus § 867 BGB. muss der Grundstücksbesitzer und zwar jeder Besitzer gegen sich gelten lassen, in dessen unmittelbarem wie mittelbarem Machtbereiche sich die Sache befindet[3]).

Cap. III. Einreden.

Unzulässig erscheinen petitorische Einreden.

Zulässig ist die Einrede, dass wegen Besorgnis der Entstehung eines Schadens die Gestattung der Aufsuchung und Wegnahme der Sache bis zur Sicherheitsleistung verweigert wird, ferner ist der Einwand zulässig, dass die Sache schon in Besitz genommen sei.

---

[1]) Turnau-Förster zu § 867 n. 2. Strohal a. a. O. Biermann zu § 867 n. 1, Kober zu § 867 n. 1a.

[2]) wie hier: Biermann zu § 867 n. 1. Förster-Turnau zu § 867 n. 5 anders: Fischer-Henle n. 4, Planck zu § 867, Matthiass II, S. 9.

[3]) wie hier Planck a. a. O., S. 53 zu § 867 n. 2b.

Vierter Abschnitt.

Schlusswort.

Der praktische Wert des Besitzesschutzes neben dem Rechtsschutze liegt besonders in § 868 BGB. Während das preussische Landrecht den auch nur obligatorisch Berechtigten einen dinglichen Schutz aus dem Gesichtspunkt heraus gab [1]), den Mittelstand zu heben, hat das BGB. eine solche Bestimmung nicht aufgenommen.

Hinsichtlich der Miete behaupten einzelne [2]) Schriftsteller, dass sie durch die Bestimmungen der §§ 571 ff. BGB. dinglich gestaltet worden sei. Dies wird von der herrschenden Ansicht [3]) besonders unter Hinweis darauf bestritten, dass nach § 873 BGB. die Eintragung für die Entstehung dinglicher Rechte gefordert wird. Wenn ihre Gegner daraufhin entgegnen [4]), dass bei dem Fall der Überbaurente von der Eintragung ebenfalls abgesehen werde, so machen die Anhänger der herrschen-

---

[1]) Windscheid, actio S. 21 ff. der dies nicht erkannte, hielt diese Massregel des ALR. für das Ergebnis eines logischen Fehlschlusses! als ob die Verfasser des Landrechts ihre Sätze aus Begriffen abgeleitet hätten und nicht aus Volks- und Staatsbedürfnissen.

[2]) Cosack a. a. O. II § 243, Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum BGB. S. 306 n. 2. Meisner a. a. O. zu § 571. Fuchs, Grundbuchrecht, S. 35. Scherer, das Recht der Schuldverhältnisse, S. 770.

[3]) Crohme, Iherings Jahrb. Bd. 37, S. 1 ff. Endemann a. a. O. I, S. 759. Dernburg a. a. O. II, S. 152. Gierke, Fahrnissbesitz, S. 20. Matthiass a. a. O. I, S. 497. Bunsen a. a. O. I, S. 239. Schollmeyer, Komm., S. 51. Engelmann, Bürgerl. R., S. 355.

[4]) Meisner zu § 571.

den Ansicht dem gegenüber geltend, dass es sich hier anders verhalte, da die Überbaurente der gesamten dinglichen Belastung des Grundstücks vorgehe[1]). Auf ein näheres Eingehen muss hier verzichtet, es muss jedoch als festgestellt betrachtet werden, dass auch die Miete vom BGB. nur als obligatorisches Recht behandelt wird.

Der Missgriff, welchen diese Behandlung im Vergleich zum ALR. bedeutet, ist einigermassen dadurch wieder gutgemacht worden, dass diesen an fremder Sache Berechtigten wenigstens der Besitzesschutz verblieben ist[2]).

Giebt man aber den an fremder Sache Berechtigten den Rechtsschutz des § 1007 BGB. und die Vermutung des § 1006 BGB. (Eigenbesitz gleich Eigentum)[3]), so könnten die besonderen Besitzklagen wegfallen. Doch auch bei dem Bestehen eines solchen Rechtsschutzes ist die besondere Besitzklage zwar überflüssig, aber niemandem schädlich. Der Wegfall der Besitzklagen ist daher dann nur eine angemessene, aber keine dringende Forderung.

Der schon früher berührte Unterschied zwischen Störung und Entziehung, hat seinen Zweck verloren und ist nur als Nachklang des römischen Gegensatzes zwischen „retinere und recuperare“ zu betrachten.“

---

[1]) vgl. Hesse, der Schutz des Mieters gegen Dritte, Inaug.-Diss. Halle 1900, S. 15 ff.

[2]) Allerdings ist noch der Besitzesschutz des Verwahrers und dergleichen Personen hinzugekommen; dass auch diese gegen Dritte geschützt werden, bedeutet einen Fortschritt gegenüber dem preuss. ALR.

[3]) vgl. Dernburg S. 356, Neumann zu § 1007.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8









